Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv

für die

civiliſtiſche Praxis.

Sieben und zwanzigſter Band. Erſtes Heft.

I.

Ueber die ſogenannten irregulären Perſonalſervituten.

Von

Herrn Dr. **Zachariä v. Lingenthal**,

Profeſſor der Rechte zu Heidelberg.

Die Streitfrage, von der hier gehandelt werden ſoll, iſt kurz dieſe:

> Können dieſelben Befugniſſe, welche den Inhalt von Grunddienſtbarkeiten zu bilden geeignet ſind, (qualitativ) auch Jemandem für ſeine Perſon ohne alle Rückſicht auf ein ihm gehörendes Grundſtück als **jura in re**, d. i. als Perſonalſervituten, beſtellt werden?

Zum Verſtändniß dieſer Streitfrage iſt zuvörderſt Folgendes zu bemerken.

Die aufgeworfene Frage läßt ſich concret auch ſo ausdrücken: Kann z. B. ein **jus aquae hauriendae** als Servitut, als **jus in re**, Jemandem verliehen werden, der gar kein Grundſtück hat, oder, wenn er ein Grundſtück hat, doch ohne Rückſicht auf daſſelbe. — Es verſteht ſich von ſelbſt,

daß hier von der Beſtellung einer Prädialſervitut nicht die Rede ſein kann. Die Frage kann nur die ſein, ob z. B. ein jus aquae hauriendae auch völlig wie eine wahre Perſonalſervitut beſtellt werden könne.

Man kann dieſe Frage nicht etwa auch ſo ausdrücken: ob eine Prädialſervitut als Perſonalſervitut verliehen werden könne. Denn eine Perſonalſervitut, wie ſie hier in Frage ſteht, kann auf keinen Fall mit der entſprechenden Prädialſervitut dem Inhalte nach identiſch ſein. Das Maß der Berechtigung iſt bei den Prädialſervituten lediglich das Bedürfniß des herrſchenden Grundſtücks: bei den Perſonalſervituten dagegen der Vortheil oder das Bedürfniß der berechtigten Perſon. Man denke ſich noch einmal beiſpielsweiſe das Recht, Waſſer zu ſchöpfen. Iſt es eine Prädialſervitut, ſo kann der Eigenthümer des herrſchenden Grundſtücks Waſſer ſchöpfen, ſo viel als zum Begießen der Pflanzen auf dieſem Grundſtücke, als Trunk für die daſelbſt mit der Cultur beſchäftigten Arbeiter, zum Tränken des auf demſelben gehaltenen Viehes nöthig iſt, — kurz ſo viel, als mittelbar oder unmittelbar zum Beſten des herrſchenden Grundſtücks dient. Iſt es dagegen eine Perſonalſervitut, ſo kann der Berechtigte auch Waſſer ſchöpfen laſſen, um den Staub auf der an ſeinem Hauſe vorüberziehenden Straße durch Begießen zu löſchen, um Wäſche zu halten, ja auch um das Waſſer zu verkaufen, wenn anders das Waſſer in der Umgegend ein Gegenſtand des Handels iſt. Man laſſe ſich alſo nicht täuſchen: kann auch das jus aquae hauriendae wirklich, nicht nur als Prädialſervitut, ſondern auch als Perſonalſervitut beſtellt werden: ſo kann es doch immer nur qualitativ Gegenſtand ſowohl der einen als der andern Servitut ſein, quantitativ wird in dem erſten Falle ein ganz anderes Recht verliehen, als in dem zweiten [1]).

Dadurch namentlich wird ſich auch immer eine Perſonal-

1) Vergl. Haſſe im Rhein. Muſ. I S. 78 Anm. 3.

ſervitut ſtreng unterſcheiden laſſen von einer (qualitativ) entſprechenden Prädialſervitut, welche dem Eigenthümer eines Grundſtücks auf ſo lange, als er lebt und dieſes Grundſtück beſizt, verliehen worden iſt. Daß eine Prädialſervitut mit dieſer Einſchränkung beſtellt werde, iſt zwar nach der Strenge des Rechts nicht möglich: aber, wie Papinianus mit Berufung auf Sabinus und Caſſius ſagt: **si haec adjiciantur, per pacti vel per doli exceptionem** [2]) **occurretur contra placita servitutem vindicanti.** (l. 4 D. de servitutibus.) Durch dieſe exceptio wird nun freilich die Prädialſervitut einer Perſonalſervitut ſehr ähnlich. Aber dieſe Aehnlichkeit iſt doch nur eine zufällige, äußerliche: und es iſt ganz unbegreiflich, wie manche Juriſten [3]) im Ernſte haben fragen können, ob eine ſolche Prädialſervitut nicht vielmehr eine Art Perſonalſervitut ſei. Sie ſezt ja dennoch ein benachbartes Grundſtück voraus, iſt unzertrennlich an das herrſchende Grundſtück geknüpft, ihr Umfang richtet ſich nach den Bedürfniſſen dieſes Grundſtücks, — kurz ſie iſt in jedem Betrachte eine wahre Prädialſervitut,

2) Nicht blos der Beſteller für ſeine Perſon hat dieſe exceptio, wie z. B. Göſchen Vorleſungen II S. 10 behauptet: ſondern jeder Eigenthümer des dienenden Grundſtücks. Eine pacti exceptio zwar nur jener, weil nur er das pactum abgeſchloſſen hat; die doli exceptio aber auch jeder andere Eigenthümer des dienenden Grundſtücks. Ein dolus liegt in einem ſolchen Falle in dem Behaupten der Servitut auch dann, wenn der Eigenthümer dieſes Grundſtücks gewechſelt hat. Grade das will auch Papinianus ſagen, indem er neben der pacti exceptio noch die allgemeinere doli exceptio beſonders hervorhebt.

3) Schon die Gloſſe Non eadem zu l. 4 D. de S. P. R. beſtreitet dieſe Meinung. Dennoch haben Manche z. B. noch neuerdings Mühlenbruch, in dieſem Falle von einer irregulären Perſonalſervitut geſprochen: ein Ausdruck, der jedoch weit gewöhnlicher in einem anderen Sinne genommen worden iſt. Vgl. Anm. 49 und Mackeldey Lehrb. herausg. von Roßhirt 12 Aufl. §. 277 not. d.

nur mit dem einzigen Unterſchiede, daß ſie kein Anderer, als dem ſie urſprünglich verliehen worden iſt, wirkſam behaupten und geltend machen kann [4]).

Endlich die Befugniſſe, welche dem Eigenthümer eines Grundſtücks als Prädialſervitut, oder Jemandem ohne Rückſicht auf ein ihm gehörendes Grundſtück als Perſonalſervitut, (ſofern, was noch in Frage ſteht, dies möglich iſt,) verliehen werden können, dieſelben Befugniſſe können Jemandem wohl auch, z. B. durch Vertrag, als ein blos obligatoriſches Recht eingeräumt werden. Aber dieſer Fall iſt von jenen weſentlich verſchieden. Von einem poſſeſſoriſchen Schuze kann hier überall nicht die Rede ſein: und ſein Recht geltend machen kann der Gläubiger nur gegen den Schuldner oder deſſen Univerſalſucceſſoren, nicht gegen Dritte, er hat nur eine in personam, nicht eine in rem actio.

Die Bedeutung der aufgeworfenen Frage iſt leider nicht immer klar und beſtimmt genug erfaßt worden, und davon iſt die Folge geweſen, daß ſich manche Schriftſteller in völlig ſchiefer und unverſtändlicher Weiſe über unſere Frage erklärt haben [5]). Diejenigen aber, die ſich der Frage vollkommen bewußt waren, haben ſich in verſchiedenem Sinne über dieſelbe ausgeſprochen, und noch in der neueſten Zeit iſt nicht jede Spaltung verſchwunden. Es wird nicht unintereſſant ſein, eine Geſchichte dieſer Controverſe den dogmatiſchen Er-

---

4) Nach vorjuſtinianeiſchem Rechte würde die Verſchiedenheit einer ſolchen Prädialſervitut von einer Perſonalſervitut auch noch dadurch kenntlich geworden ſein, daß jene nicht, wie dieſe, durch eine minima capitis deminutio hätte untergehen können.

5) Um nur ein Beiſpiel anzuführen, ſo ſagt Westphal de libert. et servit. p. 328: „Alii veterum tale jus, quod praedio concedi plerumque solebat, si inter paciscentes tantum ad vitam alicui constitueretur, usumfructum aut usum dicebant.“ Er verwechſelt die auf den Erwerber beſchränkte Prädialſervitut mit der Perſonalſervitut. Aehnlich Jauus a Costa ad Inst. II, 3, 3.

örterungen voranzuſchicken, und ſollte die folgende Darſtellung vielleicht etwas zu ausführlich ſcheinen, ſo möge zur Entſchuldigung dienen, daß unſerer Zeit grade die Dogmengeſchichte vor Allem Noth thut. Zumal war häufig die Anführung der eigenen Worte älterer Schriftſteller nöthig, weil dieſe von Späteren zum Theil mißverſtanden worden ſind [6]). Uebrigens ſoll die Darſtellung auf diejenigen Schriftſteller beſchränkt werden, deren Meinungen entweder wegen ihres Anſehns von beſonderem Einfluſſe geweſen, oder von ihnen ſelbſt beſonders ausführlich begründet worden ſind. Es möge daher nicht für Vergeßlichkeit gehalten werden, wenn manche Schriftſteller, die wohl von Aelteren bei unſerer Frage citirt zu werden pflegen, mit Stillſchweigen übergangen ſind.

Der Streit über unſere Frage iſt faſt ſo alt, als die Rechtswiſſenſchaft im Abendlande überhaupt. Unter den Gloſſatoren war er ſchon vollkommen ausgebildet, und in der Gloſſe des Accurſius zeigt ſich als die ſiegreiche Meinung die, daß eine Perſonalſervitut in der in Frage ſtehenden Art nach römiſchem Rechte **nicht** beſtellt werden könne. So heißt es in der Gl. *Valet exceptio* zu l. 32 D. de usufructu: „Dicunt quidam, quod est personalis servitus, quando non habet praedium cui debeatur, . . . caeterum si habet praedium, tunc realis. Sed tu dic, quod hoc jus, scilicet pascendi, si servitus est, semper est realis sive praedialis; et quod quandoque dicatur eam esse personalem, exponitur, ut cum certa persona quantum ad commodum finiatur servitus, non sui natura, quia postea obstabit exceptio. Si vero non habenti praedium concedatur, . . . jus pascendi non est servitus praedialis vel personalis, sed jus quoddam ex promissione vel ex alio contractu quaesitum, secundum Azonem.“ Eben ſo beſtimmt drückt ſich

6) So z. B. Cujacius von Noodt Probabil. I, 3 §. 9 in fine, und von Schweppe Röm. PR. §. 291 Anm. 2.

die Gl. *Non eadem* zu l. 4 D. de S. P. R. aus: „Dic, quod servitus praedialis semper transit ad heredem, et ad emtorem, sui natura. Et fallit hoc, quando in contrarium expresse fuit dictum, . . . item ex affectione personae, cui relinquitur, ut filiae, . . . item quando his verbis testator dixit: lego usumfructum vel usum talis rusticae vel urbanae servitutis . . . . His enim casibus, licet sui natura transeant, tamen per exceptionem defenditur dominus proprietatis, quo minus patiatur. Sed qualis servitus erit his casibus, cum non transeat quoad effectum? Respondent quidam, personalis, . . . sed potius dicas praedialem, cum ipso jure transeat, licet exceptione repellatur agens. . . . . Item quid, si ille, cui tales servitutes conceduntur, nullum habeat praedium? Adhuc dicunt Rogerius [7]) et alii, quod est servitus personalis. Sed potius dicam esse jus personale, non servitutem, . . . et sic agam ex contractu, si patientia non praestatur.“ Daſſelbe wiederholt die Gl. *Admittendum est* zu l. 6 D. de servitute legata, und die Gl. *Personae tamen* zu l 14 §. 3 D. de alimentis legatis, wo es noch beſonders heißt: „cum non habenti praedium relinquitur, non est realis, . . . sed personalis, . . . secundum Rogerium, . . . et secundum hoc per confessoriam peteretur: sed Joannes [8]) dicit, nec personalem esse, sed quoddam jus, quod actione personali ex testamento vel pacto debetur “

---

7) So muß, (namentlich nach dem Inhalte der Gl. *Personae tamen*,) die Sigle „*Ro.*“ geleſen werden, nicht etwa Rofredus. Rogerius war „ein etwas jüngerer Zeitgenoſſe der vier Doctoren“. v. Savigny Geſch. des RRs im MA. IV S. 175.

8) Es iſt Joannes Baſſianus gemeint, der gegen das Ende des 12. Jahrhunderts in Bologna lehrte, und deſſen Schüler Azo iſt. v. Savigny a. a. O. S. 250.

Dieſe Meinung war auch völlig dem Geiſte und der Richtung der Gloſſatoren angemeſſen: ſie war in ihrer ganzen Art und Weiſe, das **Corpus juris** zu betrachten und zu behandeln, mit Nothwendigkeit begründet. Das **Corpus juris** war ihnen das Product der geſezgeberiſchen Thätigkeit des Kaiſers Juſtinian: die einzelnen Stellen galten ihnen als Paragraphen oder Artikel eines Geſezbuchs, und aus dieſem Geſichtspunkte wurden ſie von ihnen interpretirt. Ein Forſchen nach den wiſſenſchaftlichen Gründen deſſen, was in den einzelnen Stellen beſonders der Digeſten geſagt iſt, war ihnen fremd: eben ſo die feinere philologiſche Interpretation und die genauere Berückſichtigung der Präciſion, mit der die römiſchen Juriſten die Ausdrücke zu wählen und in beſtimmtem Sinne zu gebrauchen verſtanden. Iſt dieſe Charakteriſtik der Gloſſatoren im Allgemeinen richtig, ſo konnte ihre Antwort auf die oben aufgeworfene Frage nicht anders ausfallen. Sie fanden auf der einen Seite im **Corpus juris** nur drei oder höchſtens vier Servituten, (**ususfructus**, **usus**, **habitatio**, und, — was ihnen jedoch zweifelhaft ſchien, — die **operae**,) ausdrücklich als Perſonalſervituten hervorgehoben: auf der anderen Seite fanden ſie, daß z. B. das **jus aquae hauriendae**, das **jus pascendi** u. ſ. w. für Prädialſervituten ausgegeben werden, und daß eine Prädialſervitut nur dem ſoll beſtellt werden können, der ein benachbartes Grundſtück hat. Wie konnten ſie nun bei ihrer Art, die einzelnen Stellen des **Corpus juris** zu betrachten, für möglich halten, daß z. B. ein **jus aquae hauriendae** auch dem, welcher kein benachbartes Grundſtück hat, als wirkliche Perſonalſervitut verliehen werden könne? Und mußten ſie nicht in ihrer Anſicht noch durch l. 14 D. **de alim. vel cibar. legatis**, wo ſie gläubig die Lesart befolgten: „— **haustus aquae — est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur**“, beſtärkt werden? Daß hier dennoch ein **haustus aquae** als ***servitus personae*** erwähnt war, und Aehnliches in anderen Stellen vorkam, konnte ſie nicht

irre machen, indem, dieſen Ausdruck für einen uneigentlichen zu erklären, ihnen als etwas ganz Unſchuldiges und Unbedenkliches erſcheinen mußte.

Ganz aus denſelben Gründen mußte die unter den Gloſſatoren herrſchende Meinung auch bei den Poſtgloſſatoren ſiegreich bleiben. In der That iſt bis zum Ende des fünfzehnten Jahrhunderts von einem Streite über unſere Frage kaum mehr die Rede. So ſagt Bartolus zu l. 4 D. de S. P. R. ganz beſtimmt: „— si non habet ibi praedium dominans, tunc non est servitus realis, sed personalis obligatio: si autem iste, cui permisit, habet praedium dominans, tunc est reale sive quoddam jus, quod exstinguitur cum persona ope exceptionis“; und nur bei l. 14 §. 3 D. de alim legat. gedenkt er der Controverſe. „Quaero“, ſagt er hier, „quando relinquitur alicui jus aquae ducendae, qui habet vicinum praedium, et relinquitur ut non finiatur cum persona, non est dubium, quod transit cum praedio; sed si relinquitur habenti praedium vicinum, ut finiatur cum persona, est dubium, an sit servitus personalis. Azo et Joannes dicunt, quod est servitus realis, quae tamen per exceptionem finitur cum persona peremta persona .... Sed posito quod relinquitur qui non habet vicinum praedium, an est servitus vel non? Utilitas est, quia, si est servitus, habeo confessoriam contra quemcunque possessorem; si non est servitus, possum agere tantum contra illum, qui concessit, non contra alium. Rogerius .... dicit, quod est servitus. *Glossa* tenet hic contrarium, et Petrus [9]), ut Cynus refert, tenet opinionem Rogerii. Ego teneo *Glossae*, quod non sit servitus“ etc. Auch Baldus zu l. 4 D. de S. P. R. iſt ſchlechthin dieſer Meinung: es ſei ein jus obligationis, nicht ein jus

9) Wahrſcheinlich der Franzoſe Petrus de Bellapertica. v. Savigny Geſch. des RRs im MA. VI S. 26 ff. 78.

servitutis. Uebrigens lag es im Geiſte dieſer Zeit, die ſich überhaupt in einer oft mißbräuchlichen Anwendung der Dialektik gefiel, allerlei Diſtinctionen und Subdiſtinctionen zu machen. Dergleichen enthalten denn auch z. B. die Bemerkungen des Bartolus zu l. 37 D. de S. P. R., in Beziehung auf die Frage, in welchen Fällen die Verleihung eines bloßen Forderungsrechts, in welchen die Verleihung einer wenn auch beſchränkten Prädialſervitut anzunehmen ſei. Endlich Zaſius (ad Pand. tit. de servitt. §. 2) hat den Berechtigungen, deren Natur hier in Frage ſteht, ſogar einen eigenen Kunſtnamen gegeben, der (mit andern ähnlichen Erfindungen deſſelben) bis auf die neueſte Zeit beibehalten worden iſt, aber gewiß nicht zur unbefangenen Betrachtung unſerer Frage beigetragen hat. Zaſius ſagt nemlich, Berechtigungen, wie ſie als Prädialſervituten vorkommen, könnten auch „personae“ verliehen werden: man könne ſie alsdann nennen *servitutes ignomines, anomalas, irregulares* [10]). Im Uebrigen aber iſt Zaſius der alten Anſicht: es ſeien eben nur perſönliche Rechte, nicht Servituten.

Eine andere Wendung nahm die in Frage ſtehende Lehre, als mit dem Ende des fünfzehnten und zu Anfang des ſechszehnten Jahrhunderts die Wiſſenſchaft des römiſchen Rechts überhaupt durch den Einfluß philologiſcher und geſchichtlicher Studien umgeſtaltet, und namentlich durch eine beſſere Interpretation der Quellen veredelt wurde. Bei einer ſtrengeren Beachtung der Ausdrucksweiſe der römiſchen Juriſten mußten die älteren Erklärungen der einſchlagenden Stellen bedenklich erſcheinen, und die l. 14 §. 3 de alimentis legatis, auf welche die Meinung der Gloſſatoren und ihrer Nachfolger

10) Der Ausdruck: *innominata* servitus kommt zwar ſchon in der Gl. *Computanda* zu l. 1 D. de S. P. R. vor, wird aber hier in einem ganz anderen Sinne, nemlich für die in l. 1 §. 1 D. de S. P. R. erwähnten servitutes praediorum rusticorum, im Gegenſatz zu den vier allgemein angenommenen, gebraucht.

vornehmlich gegründet war, mußte vielmehr, ſchon wegen der inneren Schwierigkeiten, welche die gewöhnliche Lesart einer befriedigenden Erklärung entgegenſezt, den erwachten kritiſchen Geiſt zu Verbeſſerungs- und Veränderungsverſuchen auffordern. Die Männer, welche die neue Bahn vor Allen mit Erfolg betraten, waren, ſo oft ſie auch ſonſt einander feindlich gegenüberſtanden, doch in Beziehung auf unſere Frage einſtimmig in Verwerfung der bis dahin herrſchenden Meinung. Duarenus (ad l. 4 D. de S. P. R.) ſpricht ſich kurz dahin aus: „Quod si ad commodum suum magis quam praedii jus aliquod reale acquisierit quispiam, servitus tantum personalis erit, usufructui nempe vel usui similis, quae licet heredem non sequatur, tamen vindicari potest.“ Cujacius lib. II Resp. Papin. (in Opp. ed. Neapol. to. IV pag. 893 sqq.) bemerkt zu derſelben Stelle: „Potest autem eadem servitus modo esse praedii modo personae, nec ulla est, quae semper sit praedii, hoc est, quae non possit esse personalis“, und fügt hinzu, es ſei dann ein usus sive jus personale. Auch in den Recitatt. solenn. ad tit. de S. P. R. (in Opp. to. VII p. 430) ſagt er von den Grunddienſtbarkeiten: „ita demum sunt praedialia, si respectu praediorum concedantur: nam possunt esse personalia; at tunc assumunt nomen usus vel usufructus. Nam his nominibus omne jus personale continetur“ etc. und in ſeinen Obss. XXIV, 22 beſtimmt er dies noch näher dahin: „quae non his duabus servitutibus (nemlich dem usufructus oder usus) similiter assimilantur, servitutes personarum non sunt, verum conventio“ [11]). Ganz ähnlich iſt endlich die Meinung des Donellus Comm. lib. X cap. 1. Und dieſen Vorgängern folgen dann auch faſt [12]) ſämmtliche Juriſten

11) Vgl. auch noch Cujacii Paratila ad Dig. VIII, 3 in den Opp. to. I p. 751.

12) A. Faber Rational. ad Pand. ſchwankt. Bei l. 32 D. de usu-

der franzöſiſchen Schule: z. B. **Janus a Costa ad Inst. II, 3 §. 3, Merillius ad l. 15 D. de servitt.** (in **Otto Thesaur. III p. 647**). Beſonders ausführlich erörtern unſere Frage **Maranus Paratitla ad tit. de servitutibus** (in **Opp. p. 131 sq.**) und **d'Avezan Servit. lib. P. III c. 14** (in **Meerman Thes. IV p. 155**), welche zugleich der Meinung des **Cujacius** eine Beſchränkung hinzufügen, die **Maranus** ſo ausdrückt: „servitutum quodammodo tres esse species, nempe ut aliae sint personales, quae personis semper debentur, nunquam vero praediis, ut usus, ususfructus et similes: aliae sint praediales, quae nunquam personis deberi possunt, sed praediis, ut iter, actus, via, aquaeductus et similes: — aliae denique sint communes, quae modo sint vere personarum, modo vere praediorum.“ — Uebrigens iſt an der Lehrmeinung der franzöſiſchen Schule beſonders bemerkenswerth, daß, wenn eine Perſonalſervitut in der in Frage ſtehenden Weiſe beſtellt iſt, dieſelbe eine dem ususfructus oder usus ähnliche Servitut, oder gradezu ein ususfructus oder usus, ſein ſoll. Und zu dieſen Reſultaten kamen die Juriſten der neuen Schule nicht etwa durch eine Reconſtruction der Begriffe und des Gedankengangs der römiſchen Juriſten, ſondern vielmehr allein auf dem Wege einer geläuterten Exegeſe.

Die Lehrmeinung der Reformatoren des ſechszehnten Jahrhunderts iſt von dieſer Zeit an die herrſchende geblieben. Sie iſt angenommen worden von den Koryphäen unter den **holländiſchen** Juriſten, z. B. von **Vinnius** (**Comm. ad Instit. II, 3 prooem. §. 4** und **Partitiones juris lib. I cap. 72 not. o**), **Voet** (**Comm. ad Inst. II, 3 §. 2** und **Comm. ad Pand. VII, 1 §. 2. VIII, 1 §. 4**), **Noodt**

---

fructu ſcheint er, was unſere Frage betrifft, eine „personalis servitus“, ein „jus quoddam ususfructus“ anzunehmen. Dagegen bei l. 4 D. de S. P. R. vertheidigt er beſtimmt die Anſicht der Gloſſe.

(Comm. ad Dig. VIII, 3 §. Postrema und Probabil. lib. I cap. 3), Schulting (Notae ad Dig. VIII, 3 l. 4) u. A. m. Indeſſen wie wir ſo oft bei dem unangefochtenen Beſitze eines Guts alle weitere Sorge um die Sicherſtellung deſſelben ſchwinden laſſen, ſo iſt auch die Begründung jener Meinung durch die holländiſchen Juriſten nicht weiter gefördert worden. Neue Argumente finden ſich, abgeſehen von Vorſchlägen zu kritiſchen Verbeſſerungen einzelner hier einſchlagender Stellen, bei den angeführten Schriftſtellern nicht, ja ſie haben vielmehr in der Beantwortung unſerer Frage einen Rückſchritt gethan, indem ſie das Argument ihrer Vorgänger, daß eine Perſonalſervitut von der in Frage ſtehenden Art ein usufructus oder usus ſei, entweder gar nicht erwähnt oder doch völlig in den Hintergrund geſtellt haben. Es konnte darum nicht fehlen, daß ſich auch wieder einzelne Gegner [13]) erhoben, die, weil in dem Corpus juris lediglich die vier perſönlichen Servituten: usufructus, usus, habitatio und operae, genannt werden, weiter zu gehen und noch andere Perſonalſervituten anzunehmen, mit der Gloſſe für bedenklich hielten. So antwortet U. Huber Praelect. ad Pand. VIII, 2. 3 §. 2 auf unſere oben aufgeworfene Frage: „*vix est, ut illa proprie servitus sit*“, und ſein Hauptgrund iſt: „quia servitutes personales a juris auctoribus sunt proditae usufructus, usus, operae et habitatio, a quibus facta praedialium servitutum aliena sunt.“ Indeſſen war dieſer Widerſpruch nicht von nachhaltigem Einfluß, er war nur die Veranlaſſung, daß Noodt, der Nachfolger Huber's, die gemeine Meinung der Zeitgenoſſen mit verſtärktem Nachdrucke geltend machte.

Auch die deutſchen Juriſten, obwohl ſie bei anderen

13) Zu dieſen gehört auch Lycklama Membran. VI, 10. Er nimmt nur Prädialſervituten an, die auf die Perſon des Erwerbers beſchränkt ſind: dieſe aber nennt er dann personales servitutes.

Fragen zuweilen noch länger Theoreme der Poſtgloſſatoren feſthielten, haben doch bei unſerer Frage ſchon früh die Meinung angenommen, die von den franzöſiſchen Juriſten vertheidigt worden war. Sie findet ſich ſchon bei Giphanius (ad Inst. II, 3), Althuſius (Jurispr. Rom. lib. I cap. 6 §. Rustica mediata), und Vultejus (Jurispr. Rom. lib. I cap. 63 §. Servitutis personalis species und §. Innominatae servitutes personales), dann z. B. bei Lauterbach Colleg. Pand. VII, 1 §. 5 und ſeinen Commentatoren Stryk und von Berger, bei Hellfeld Jurispr. for. §. 631, bei Höpfner Inſtit. §. 348 und Glück Erläuter. der Pand. Bd. IX S. 19. 158. Jedoch haben die deutſchen Juriſten, noch mehr als die holländiſchen, in der Auffaſſung und Beurtheilung unſerer Frage Rückſchritte gethan. Daß eine Perſonalſervitut von der in Frage ſtehenden Art als ein ususfructus oder usus betrachtet werden könne, wurde zum Theil ausdrücklich beſtritten, wie z. B. von Hilliger Donell. enucleat. lib. XI cap. 1 not. d, der ganz verwundert ausruft: „quis dicet aquaehaustum usui vel fructui similem, qui tamen quandoque servitus personalis [est]“! — zum Theil wenigſtens gänzlich vergeſſen, indem man eine ſolche Perſonalſervitut nach Haſe servitus personalis irregularis, extraordinaria, anomala oder innominata nannte, und ſchon dadurch gewiſſer Maßen für etwas Beſonderes, vom ususfructus oder usus Verſchiedenes, erklärte. Nur ausnahmeweiſe finden ſich Nachklänge jener Behauptung der franzöſiſchen Juriſten, wie denn z. B. Heineccius Obss. ad Pand. P. II §. 101 ſagt: „Neque tamen ideo opus est, ut numerus servitutum personalium augeatur, quum omnes istae servitutes ad *usum* commode referri possint.“ Uebrigens ſcheint auch manchen Juriſten, z. B. Stryk (Annot. ad Lauterbach. l. l.), der Unterſchied zwiſchen einer Prädialſervitut, die dem Eigenthümer eines Grundſtücks auf ſo lange, als er lebt und das Grundſtück beſitzt, verliehen wird, und einer (qualitativ) ent-

ſprechenden Perſonalſervitut keineswegs klar geworden zu ſein. Endlich für die Interpretation der bei unſerer Frage in Betracht zu ziehenden Stellen iſt nicht nur faſt nichts geſchehen, ſondern es ſind ſogar, z. B. von Brunnemann (Comm. in Pand. ad l. 32 D. de usufructu, l. 4. 37 D. de S. P. R. und l. 14 §. 3 D. de alimentis legatis), die ſo verſchiedenen Interpretationen der Gloſſe und der franzöſiſchen Juriſten auf ganz ungehörige Art mit einander vermengt worden. Unter ſolchen Umſtänden war es natürlich, daß mitunter auch einmal ein Widerſpruch gegen die traditionelle Lehre erhoben wurde: namentlich hat Cocceji (Jus civile controv. lib. VII tit. 1 qu. 1 „*An dentur servitutes extraordinariae?*“) wieder ganz die entgegengeſezte Meinung der Gloſſe vertheidigt, und ihm iſt Weſtphal (de libert. et servitut. p. 322 sq.) gefolgt.

Die Schickſale unſerer Streitfrage in den neueſten Zeiten ſind kurz folgende. Die herrſchende Meinung iſt noch immer die der franzoſiſchen Juriſten: ſie iſt beſonders ausführlich dargeſtellt worden von Schweppe Röm. Privatrecht §. 291. Daß eine Perſonalſervitut, wie ſie nach dieſer Meinung ſoll beſtellt werden können, immer entweder ein ususfructus oder ein usus ſei, hat namentlich v. Löhr Magazin III S. 497 wieder geltend gemacht: und Haſſe im Rhein. Muſ. I S. 73 Anm. 3 hat die durch ſchiefe Ausdrücke verdunkelte Bedeutung der Streitfrage in ein helleres Licht geſezt.

Beſondere Erwähnung verdient noch der durch Mühlenbruch veranlaßte Streit. Mühlenbruch hatte behauptet, daß die eigentlichen und urſprünglichen Prädialſervituten auch auf die Perſon des Erwerbers beſchränkt ſein könnten, ohne daß jedoch in ſolchen Fällen die ſonſtigen Vorausſezungen der Prädialſervituten fehlen dürften, wie z. B. der haustus aquae, das jus pecoris ad aquam appulsus, auch wenn ſie auf die Perſon des Erwerbers beſchränkt würden, doch ein praedium vicinum deſſelben vorausſezten: zugleich hatte Mühlenbruch ſolche Servituten irreguläre ge-

nannt. Diese Behauptung war in der That ganz unverfänglich: nach dem in der Einleitung Gesagten ist in solchen Fällen eine wirkliche Prädialservitut vorhanden, die nur ausnahmeweise in ihrer Dauer beschränkt ist auf so lange, als der erste Erwerber lebt und das herrschende Grundstück besitzt: dies ist freilich bei Prädialservituten etwas Exceptionelles, Unregelmäßiges, und darum könnte man solche Servituten, wenn man eines besonderen Kunstnamens für sie bedürfte, allenfalls irreguläre Servituten nennen. Allein bei unserer Frage hatte man unter einer irregulären Servitut früherhin eine wahre Personalservitut verstanden, die nur nicht ein eigentlicher **ususfructus** oder **usus** sein sollte: diesen Begriff vor Augen, und ohne die abweichende Begriffsbestimmung von Mühlenbruch zu berücksichtigen, erklärte sich Thibaut entschieden gegen die Ansicht, als ob eine irreguläre Personalservitut nur einem **vicinus** bestellt werden könne. Dagegen vertheidigte nun Mühlenbruch seine Behauptung in einer besonderen Abhandlung im Archiv für civilist. Praxis Bd. **XV** S. 382 ff. Hier sagt er (— vgl. besonders S. 385 —) kurz Folgendes: „Für die einzelnen Prädialservituten bildeten sich bei den Römern feststehende Ausdrücke: es wußte Jeder, was gemeint sei und wie weit das Recht gehen könne, wenn das **jus pascendi** u. s. w. ertheilt war. Es wurde hierbei als sich von selbst verstehend vorausgesezt, daß diese Gerechtsame sich auf den wirthschaftlichen oder sonstigen Bedarf eines Gutes beziehen sollten. Eine Beschränkung konnte wohl hinzugefügt, es konnte bestimmt werden, daß das Recht nur von dem Erwerber ausgeübt werden solle. Aber man legte dies nicht so aus, als sei das Recht selbst nunmehr an die Schranken einer regelmäßigen Prädialservitut nicht gebunden. Wollte man in dieser Beziehung ein weitergehendes Recht erlangen, so konnte man dies nur dadurch bewirken, daß man sich einen **ususfructus** oder einen **usus** an dem Object der Servitut ertheilen ließ; jedoch wenn selbst die technische Benennung fehlte, und nur der eigentliche

Zweck des Rechts deutlich beſtimmt war, ſo galt es nach dem praktiſchen Rechte für wohlbegründet“ [14]). Man ſieht, Mühlenbruch leugnet gar nicht die Möglichkeit, daß z. B. ein jus pascendi ausdrücklich als ein ususfructus oder usus verliehen werden könne, ja er nimmt ſogar an, daß ein nicht ausdrücklich als ususfructus oder usus verliehenes jus pascendi unter Umſtänden dennoch als eine wahre Perſonalſervitut, und zwar als ususfructus oder usus, betrachtet und aufrecht erhalten werden müſſe. Er beſtreitet nur, daß eine Prädialſervitut, die auf die Lebenszeit des erſten Erwerbers beſchränkt worden iſt, dann auch an die übrigen Erforderniſſe einer Prädialſervitut nicht weiter gebunden ſei: eine Behauptung, die zwar von einigen älteren Juriſten gelegentlich hingeworfen, aber von Niemand wahrhaft vertheidigt worden iſt, noch auch im Ernſte vertheidigt werden kann. Es ergiebt ſich hieraus, daß auch Mühlenbruch in der That mit der herrſchenden Meinung im Allgemeinen einverſtanden iſt; nur in einzelnen Interpretationen iſt er, wie weiter unten ſich zeigen wird, abweichender Anſicht, und dann noch darin, daß er den Kunſtausdruck: irreguläre Servitut in Schuz nimmt, obwohl die Mißverſtändniſſe älterer Juriſten und die, welchen ſeine eigne Behauptung (z. B. auch noch von Seiten

14) Wenn Mühlenbruch a. a. O. S. 393 ſagt: „Da nun der haustus aquae und andere . . . Rechte, auch wenn ſie als Perſonalſervituten verliehen werden, dennoch ein benachbartes Prädium zu ihrer Ausübung erfordern“ u. ſ. w., ſo könnte dies mit dem S. 385 f. Geſagten in Widerſpruch zu ſtehen ſcheinen: mit anderen Worten, es könnte hienach ſcheinen, als ob Mühlenbruch nicht die Meinung der franzöſiſchen Juriſten, ſondern die der Gloſſe vertheidige. Vgl. auch deſſelben Lehrbuch §. 274 Anm. 8. Indeſſen iſt wohl bei den Worten: „auch wenn ſie als Perſonalſervituten verliehen werden“, nicht an wahre Perſonalſervituten, ſondern an irreguläre Perſonalſervituten in Mühlenbruch's Sinne, d. h. an Prädialſervituten, die nur von dem Erwerber ausgeübt werden ſollen, zu denken. (Vgl. oben Anm. 3.)

v. Vangerow's Leitfaden I S. 628) ausgeſezt geweſen iſt, deutlich genug die Gefährlichkeit unächter Kunſtwörter beweiſen.

Wenn nun die Lehrmeinung der franzöſiſchen Juriſten faſt ohne Ausnahme bis auf den heutigen Tag befolgt und als die richtige anerkannt worden iſt, ſo könnte es faſt als überflüſſig erſcheinen, wenn in dem Nachfolgenden von Neuem die Begründung derſelben verſucht werden ſoll. Indeſſen iſt für die richtige Interpretation der einſchlagenden Stellen immerhin noch eine kleine Nachleſe übrig geblieben. Die franzöſiſchen Juriſten haben nicht nachgewieſen, wie ſich die von ihnen vertheidigte Meinung aus der ganzen Lehre von den Servituten überhaupt und den Perſonalſervituten insbeſondere mit innerer Nothwendigkeit ergebe, und auch die neueren Juriſten, obwohl ſie ſich auf die „Natur der Sache" berufen, dürften doch dieſe Natur der Sache noch nicht anſchaulich genug dargelegt haben. Endlich giebt es noch einige zweifelhafte Nebenpunkte, die überall noch nicht hinlänglich geprüft worden ſind. Durch dieſe Umſtände rechtfertigt ſich der nachfolgende Beitrag zur Verſtändigung über unſere Frage. Es ſoll hier zunächſt eine Interpretation der einſchlagenden Stellen gegeben, alsdann eine Begründung des auf dieſem Wege gewonnenen Reſultats aus dem Geiſte des römiſchen Servitutenrechts verſucht, und zulezt auf die Erörterung einiger ſpeciellen Fragen eingegangen werden.

Von älteren Schriftſtellern ſind nicht wenige Stellen der Digeſten mit unſerer Frage in Verbindung gebracht worden, die gleichwohl dieſelbe wenigſtens unmittelbar gar nicht berühren. Es wird nicht nöthig ſein, dieſes ausführlich darzuthun: für die l. 1 D. de usu et usufructu [15]) insbeſondere

15) Dieſe und die folgende Stelle iſt auch von Cujacius für unſere Frage benuzt worden. — In gewiſſer Weiſe ſchlägt allerdings die l. 1 D. de usu et usufructu in dieſelbe ein. Paulus de-

hat es ſchon Haſſe im Rhein. Muſeum I S. 74 Anm. genügend gethan, und die l. 1 §. 12 D. de aqua quotidiana iſt, obwohl darin von ductus aquarum, qui non sunt fundi, die Rede iſt, dennoch deshalb ohne Beweiskraft, weil ein ductus aquae etwas ganz Anderes, als ein aquaeductus, weil er überall nicht eine Servitut iſt [16]).

Es ſollen nur diejenigen Stellen durchgegangen werden, welche in der That für unſere Frage entſcheidend ſind. Und zwar iſt zuerſt in Betrachtung zu ziehen die l. 32 D. de usufructu, welche von Anderen nicht genug berückſichtigt worden iſt. Sie lautet:

Pomponius lib. XXXIII ad Sabinum. Si quis unas [17]) aedes, quas solas habet, vel fundum

---

ſpricht einen Ausſpruch des Sabinus, daß nemlich nec usus nec ususfructus itineris, actus, viae, aquaeductus (d. h. eines ſolchen iter u. ſ. w., welches einem Grundſtücke des Teſtators zuſteht,) legari potest. Paulus bemerkt dazu, daß, damit der Wille des Teſtators nicht ohne alle Wirkung bleibe, der Erbe angehalten werden könne, dem Legatar entweder die perſönliche Erlaubniß zum Gehen u. ſ. w., oder eine Prädialſervitut unter Beſchränkung auf deſſen Perſon zu verſchaffen. Man kann nun fragen, warum Paulus nicht auch noch den dritten Ausweg vorgeſchlagen hat, dem Legatar das jus eundi u. ſ. w. als Perſonalſervitut zu beſtellen: man könnte aus dem Stillſchweigen des Paulus ſchließen wollen, daß er dieſen dritten Ausweg gar nicht für rechtlich möglich gehalten habe. Indeſſen würde ein ſolcher Schluß ſchon an ſich bedenklich ſein, und offenbar hat Paulus dieſen dritten Ausweg nur deshalb nicht erwähnt, weil er dem Willen des Teſtators, der auf die Einräumung und Benuzung einer Prädialſervitut gerichtet war, wenig oder nicht entſprechen würde.

16) Vgl. Friedländer v. d. unvordenklichen Zeit I S. 63 ff.

17) Die lectio Bononiensis ſcheint geweſen zu ſein: Si quis *binas* aedes etc. Indeſſen bemerkt Accurſius: „alias *unas* et alias *binas*, et non est vis cum nihil sibi servaverit.“ Er hat alſo die Lesart: *unas* für vorzüglicher gehalten, weil es gar keinen Sinn haben würde, grade an zwei Häuſer zu denken, da doch

tradit, excipere potest id, quod personae, non praedii est, veluti usum et usumfructum. Sed et si excipiat, ut pascere sibi vel inhabitare liceat, valet exceptio, cum ex multis saltibus pastione fructus perciperetur. Et habitationis exceptione, sive temporalis [18]) sive usque ad mortem ejus, qui excepit, usus videtur exceptus.

Der zweite Theil dieſer Stelle (Sed et si excipiat rell.) wird von der Gloſſe ſo verſtanden, als ob das vorbehaltene Weide- oder Wohnungsrecht zwar gelte, aber nur als ein „jus ex promissione", d. h. als ein obligatoriſches Recht. Die Gloſſe folgert dies einmal daraus, daß, wenn das vorbehaltene Wohnungsrecht als eine Perſonalſervitut betrachtet würde, nicht von einem *usus* exceptus die Rede ſein könnte: es ſei nur factiſch ein usus eingeräumt, nicht eine Servitut, die ja habitatio heißen müßte; ferner folgert ſie es daraus, daß das jus pascendi, wo es Servitut ſei, immer eine Prädialſervitut ſei, mithin ein benachbartes herrſchendes Grundſtück vorausſeze, und da es an dieſem Erforderniſſe fehle, ſo könne auch hier nicht an eine Weideſervitut gedacht werden. Allein der erſte Grund iſt ganz unhaltbar, da bekanntlich zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten die habitatio regelmäßig für eine Art des usus gehalten wurde, wenn ſie auch im juſtinianeiſchen Rechte als eine eigenthümliche Perſonalſervitut betrachtet werden muß. Der zweite Grund der Gloſſe aber beruht offenbar auf einer petitio principii, und ſo er-

---

der Veräußerer kein Haus zurückbehält. Das „*unas*" iſt die Lesart der florentiniſchen Handſchrift, und wird auch durch die Ueberſezungen der griechiſchen Juriſten, ſowohl der des Anonymus (oder Julianus), die in den Text der Baſiliken (lib. XVI tit. 1 cap. 32 ed. Heimbach. to. II p. 188) übergegangen iſt, als auch der unten mitzutheilenden des Stephanus beſtätigt: „*unas*" iſt daher unzweifelhaft die richtige Lesart.

18) So lieſt die Vulgata: und auch die florentiniſche HS iſt nicht dagegen. Man vgl. die Anm. von Gebauer.

ſcheint die Erklärung der Gloſſe als völlig ungenügend, auch abgeſehen davon, daß nach dieſer Erklärung die Worte: „**cum ex multis saltibus pastione fructus perciperetur**“ durchaus keinen Sinn haben.

Wir müſſen vielmehr bei der Interpretation dieſer Stelle zuvörderſt in's Auge faſſen, daß ſie aus einem Commentare des Pomponius zu des Sabinus **libri juris civilis** genommen iſt. Die Stellen aus den Schriften **ad Sabinum** enthalten bekanntlich häufig einen Saz aus Sabinus und eine dazu gehörige Bemerkung des Commentators ohne alle äußere Unterſcheidung neben einander: jener und dieſe können nur von einander unterſchieden werden theils nach dem Styl und Inhalt des Geſagten, theils nach den Worten und Redensarten, mit welchen die Erklärer ihre Zuſäze einzuleiten pflegten [19]). Es ſcheint nun der erſte Theil unſerer Stelle in der That einen Saz des Sabinus ſelbſt zu enthalten, der alsdann (***Sed et*** **etc.**) von Pomponius erläutert und weiter ausgeführt wird. Das Verſtändniß des lezten Theils unſerer Stelle iſt danach durch das Verſtändniß des erſten Theiles bedingt.

In dem erſten Theile unſerer Stelle deutet nun aber das ***excipere*** auf die Beſtellung einer Servitut durch **deductio**, wofür jenes Wort techniſch gebraucht wird [20]). Unter dem **ususfructus** oder **usus**, welcher ſoll excipirt werden können, iſt ſchon deshalb die Servitut des Nießbrauchs oder des Gebrauchs, ein **ususfructus** oder usus ***formalis***, um mit den älteren Schriftſtellern zu reden, und nicht blos ein Forderungsrecht auf Geſtattung der Benuzung und des Gebrauchs zu verſtehen. Zu demſelben Reſultate führt auch der Umſtand, daß unſere Stelle im Titel ***de usufructu***, wo von

19) **Kreyssig de auctorum et commentator. verbis distinguendis. Lips. 1817.**

20) **Dirksen Manuale Latinitatis s. h. v. §. 7. Derſelbe Vermiſchte Schriften I S. 117.**

dem **ususfructus** überall als einer Perſonalſervitut gehandelt wird, ſteht, ganz abgeſehen davon, daß es völlig willkürlich ſein würde, wenn man gegen den conſtanten Sprachgebrauch hier an etwas Anderes, als an einen wahren **ususfructus** oder **usus** denken wollte. Alſo Sabinus ſagte: Wer das einzige ihm gehörende Grundſtück einem Anderen mancipirt oder **in jure** cedirt, (— denn das „**tradit**“ unſerer Stelle iſt offenbare Interpolation [21]), —) kann ſich daran zwar nicht eine Prädialſervitut (**quod praedii est**), weil er nemlich kein **praedium** mehr behält, wohl aber **quod personae est**, d. h. die Servitut des **ususfructus** oder **usus** wirkſam vorbehalten. Pomponius führt nun die Regel des Sabinus im zweiten Theil unſerer Stelle weiter aus. In dem angegebenen Falle ſoll ſich nemlich der Veräußerer auch vorbehalten können, **ut pascere sibi vel inhabitare liceat.** Schon das bloße Zuſammenhalten mit dem Vorhergehenden lehrt, daß hier wiederum die Rede iſt von dem Vorbehalte einer Servitut: noch unabweislicher geht dies daraus hervor, daß auch hier das techniſche Wort „**excipere**“ oder „**exceptio**“ wiederkehrt. Und zwar ſoll die **servitus pascendi** durch **exceptio** beſtellt werden können als eine wahre, reine Perſonalſervitut: denn Pomponius leugnet gar nicht, daß in dem Falle, von welchem die Rede iſt, nur das vorbehalten werden könne, **quod personae est**, er will nur die Regel des Sabinus durch weitere Beiſpiele erläutern. Aber wie kann ein **jus pascendi**, das doch eigentlich nur dem Vieh oder dem Eigenthümer eines Grundſtücks, zu deſſen Bebauung Vieh gehalten werden muß, von dauerndem Nuzen iſt, wie kann ein ſolches **jus pascendi** als **servitus *personae*** beſtellt werden? Dieſer Frage begegnet Pomponius durch den Grund: „**cum ex multis saltibus pastione *fructus* per-**

---

21) Weil zu des Sabinus Zeiten eine deductio nur bei jenen Veräußerungen rechtlich wirkſam war. Vgl. noch Dirkſen a. a. O. S. 112 Anm. 5.

ciperetur.“ Wenn die Nuzbarkeit des veräußerten Grundſtücks zu einem Theile in dem Abweiden des Bodens beſteht, ſo iſt ein ſolches **jus pascendi** in der That ein (usus) **fructus**. Wie Pomponius gleich darauf in Beziehung auf den Vorbehalt des **jus inhabitandi** ſagt: „**usus** videtur exceptus“, ſo will er auch mit jenen Worten nichts anderes ſagen, als: **ususfructus videtur exceptus.**

So verſtanden liefert die **l. 32 D. de usufructu** einen ſchlagenden Beweis für die Richtigkeit der von den franzöſiſchen Juriſten aufgeſtellten Lehrmeinung. Und eine, wenigſtens dem Reſultate nach, völlig übereinſtimmende Interpretation hat ſchon der Anteceſſor Stephanus in ſeinem Digeſtencommentare gegeben, aus welchem die betreffende Stelle in einer reſcribirten konſtantinopler Baſilikenhandſchrift als ein Scholium zu unſerer Stelle erhalten iſt. Sie lautet hier, wie folgt:

Ὁ οὖσος καὶ ὁ υὐσούφρουκτος προσώποις μᾶλλον ἀλλ' οὐ πράγμασι προσπήγνυσθαι πέφυκεν· εἰ δὲ καὶ ἄλλαι δουλείαι προσώποις ποτὲ καὶ μὴ πράγματι προσπήγνυνται, μιμοῦνται οὖσόν τε καὶ οὐσούφρουκτον [22]) ἆρα τί φησιν ὁ πομπώνιος; ἐάν τις μίαν καὶ μόνην ἔχων οἰκίαν ἢ ἕνα καὶ μόνον ἀγρὸν τραδιτεύσει τοῦτόν τινι, δύναται ὑπεξελεῖν ἅπερ προσώποις καὶ οὐ πράγμασι προσπήγνυσθαι πέφυκεν, τουτέστιν οὖσόν τε καὶ οὐσούφρουκτον. κἂν [23]) τραδιτεύσας τὸν ἀγρὸν ὑπεξέλῃ τὸ δύνασθαι αὐτὸν ἐν αὐτῷ τῷ ἀγρῷ καταβόσκειν, ἢ τραδιτεύσας τὴν οἰκίαν ὑπεξέλῃ τὸ δύνασθαι οἰκεῖν ἐν αὐτῇ [24]), ἔῤῥωται ἡ τοιαύτη ὑπεξαίρεσις. δοκεῖ γὰρ ἐπὶ μὲν τοῦ ἀγροῦ οὐσούφρουκτον, ἐπὶ δὲ τῆς οἰκίας οὖσον ὑπεξε-

---

22) Der Codex hat: *ει δὲ καὶ ἄλλαι δουλείαι πράγμασί* (sic) *ποτε καὶ μὴ πράγματι προσπήγν...μέναι τ" οὖσόν τε καὶ ουσούφρ.*

23) Der Codex hat *καί.*

24) Der Codex lieſt *αὐτῷ.*

λεῖν ἑαυτῷ, οἷον ἐπὶ τοῦ ἀγροῦ πάντως ἀνάγκη δι' αὐτῆς τῆς καταβοσκήσεως ἐκ πολλῶν σαλτῶν καρπὸν λαμβάνεσθαί τινα, καρποῦ δὲ λαμβανομένου καλῶς ἄν τις [25]) τοῦτο οὐσούφρουκτον ἀποκαλέσοι μὴ ἐναντιωθῇ δέ σοι τὸ εἰρημένον ἐν τῷ γ' τί. τῆς β' τῶν ἱνστιτούτων, εἰ τὴν κατανομὴν ἐκεῖσε δουλείαν ὁ νόμος καλεῖ. πρόσεχε γὰρ ἐνταῦθα, ὅτι μὴ ἔχων ἀγρὸν ἕτερον ἑαυτῷ τὸ δίκαιον ὑπεξεῖλε τῆς κατανομῆς· οὐκ ἂν δέ τις ἀποκαλέσοι δουλείαν μὴ ὑπόντος ἀγροῦ του δουλευομένου. διὰ τοῦτο γὰρ ἐν τοῖς [26]) ἱνστιτούτοις περὶ κατανομῆς διαλαβὼν ὁ νομοθέτης οὕτω εἶπεν, ὅτι τινὲς τὴν κατανομὴν δουλείαν ἀπεκάλεσαν· ᾔδει γὰρ, ὅτι ἔνθα τὶς δίκαιον κατανομῆς ὑπεξαιρεῖ ἑαυτῷ μὴ ἔχων ἀγρὸν τὸν δουλευόμενον [27]), οὐσούφρουκτον μᾶλλον καὶ οὐ δουλείαν συνίστησι. εἰ δὲ καί τις ἔχων ἀγρὸν καὶ ἀγέλην θρεμμάτων παραχωρηθῇ δίκαιον τοῦ ποτίζειν ἢ βόσκειν, εἰ μὲν διὰ κέρδος, ὅπερ [ἐκ τοιαύ]της ἀγέλης εἰώθει λαμβάνεσθαι, ταύτην ἔτρεφεν ὁ τὸν ἀγρὸν ἔχων καὶ τὴν ἀγέλην, ὅλως, [εἰ καὶ] [28]) ἔχων ἀγρὸν παρεχωρήθη τὶ τῶν εἰρημένων, περσοναλίαν παραχωρεῖσθαι δουλείαν νομίζεται· εἰ δὲ διὰ τὸν οἰκεῖον ἀγρὸν, τυχὸν τὸ κοπρίζειν αὐτὸν, ἔτρεφε τὴν οἰκείαν ἀγέλην, τότε ἰμρὲμ αὐτῷ παρακεχωρῆσθαι δουλεία δοκεῖ, πλὴν εἰ μὴ δῆλός ἐστιν ὁ τὴν δουλείαν παραχωρήσας ὅτι αὐτῷ καὶ μόνῳ, τουτέστιν ὅτι αὐτῷ περσοναλίαν δουλείαν παρεχώρησεν, ὡς φησι παππιανὸς ἐν τῷ ἑξῆς βιβλίῳ τί. γ' διγ. δ' [29]). ταῦτα μὲν οὖν περὶ τοῦ τρα-

25) In der Handſchrift ſcheint εἰς τοῦτο zu ſtehen.

26) In der Handſchrift ſteht deutlich τῷ ἱνστιτ. Vielleicht ſollte es heißen: ἐν τῷ γ' τί. τῆς β' τῶν ἱνστιτούτων.

27) Der Codex hat: τοῦ δουλευομένου.

28) Im Codex glaubte ich zu leſen ὅλως ο . .

29) Im Codex ſteht ιδ'.

διτευθέντος ἀγροῦ. τῆς δὲ οἰκίας ὁ οὖσος συνίσταται ὑπεξαιροῦντος τὴν οἴκησιν τοῦ τραδιτεύσαντος, εἴτε πρὸς καιρόν τινα ταύτην ὑπεξεῖλεν εἴτε μέχρι τῆς αὐτοῦ [30]) τελευτῆς. τὸ εἰρημένον ἐν ῥητῷ ναβιτατίονεμ μὴ πρὸς ἔμφασιν δέξῃ τῆς ἰδικῆς ναβιτατίονος ἀλλὰ πρὸς σημασίαν λέξεως· ταύτην τὴν οἴκησιν. διαφορὰ δὲ οὔσου καὶ ναβιτατίονος, ὅτι ὁ μὲν οὖσος σβέννυται καπίτις δεμινουτίονι, ἡ δὲ ναβιτατίων οὐ σβέννυται, καὶ τοῦτο μανθάνεις πρὸς ἑτέραις τισὶ διαφοραῖς ἐν τῷ η' τί. τοῦ παρόντος βιβλίου ἐν τοῖς ὑποκειμένοις τῷ τίτλῳ διγέστοις: —

Das heißt:

Usus et ususfructus ejusmodi est, ut personis potius, non autem rebus accedat: sed et si aliae servitutes personis forte et non rei conceduntur, imitantur usum et usumfructum. Jam quid dicit Pomponius? Si quis unas aedes solas habet vel unum agrum solum, eumque alicui tradit, potest excipere ea, quae personis, non rebus concedi solent, i. e. usum et usumfructum: et si in traditione agri exceperit, ut pascere sibi in eo agro liceat, vel in traditione aedium exceperit, ut sibi in iis habitare liceat, valet ejusmodi exceptio. Videtur enim in agro usumfructum, in aedibus usum sibi excipere, quia in agro omnino necesse est ipsa pastione ex multis saltibus fructum aliquem percipi, ubi autem fructus percipitur, recte ususfructus dicetur. Nec tibi contrarium videatur, quod dicitur tit. 3 lib. II Institutionum, siquidem lex jus pascendi ibi servitutem vocat. Nota enim hoc loco, quod qui non habet alium agrum, sibi jus pascendi excepit: servitus autem dici non potest, ubi non est ager, cui debeatur. Ideo etiam in Institutionibus legislator, ubi de jure pascendi tractat, sic

30) Die Handſchrift hat αὐτῆς.

est loquutus: quosdam jus pascendi servitutem appellare; noverat enim, eum, qui sibi jus pascendi excipit nec habet agrum, cui servitus deberi possit, usumfructum potius, non autem servitutem constituere. Sed et si ei, qui agrum habet et gregem pecorum, cedatur jus pecoris ad aquam appellendi vel pascendi, si tamen is, qui agrum habet, propter lucrum, quod ex ejusmodi grege percipi solet, gregem aluit, omnino, licet agrum habenti ejusmodi jus concessum fuerit, personalem servitutem accipere intelligitur; quodsi propter ipsum agrum, forte ad stercorandum eum, gregem aluit, tunc in rem servitus ei constituta esse videtur, nisi forte is, qui servitutem constituit, aperte illi soli, h. e. personalem ei servitutem concessit, ut dicit Papinianus libro sequenti tit. 3 dig. 4. Et haec quidem de agro tradito. Aedium autem usus constituitur, quum is, qui eas tradit, habitationem excipit, sive ad diem eam exceperit sive usque ad mortem suam. Quod dicitur in textu „habitationem", ne stricte accipias de habitatione proprie sic dicta, sed ita, ut significet οἴκησιν. Differentia autem inter usum et habitationem, quod usus extinguitur capitis deminutione, habitatio autem non extinguitur, id quod discis praeter alias quasdam differentias tit. 8 praesentis libri in digestis, quae ei titulo subsunt.

Nach der l. 32 D. de usufructu ſind nunmehr in Betrachtung zu ziehen die l. 4—6 D de servitutibus praediorum rusticorum:

l. 4: — Papinianus lib. II Responsorum. Pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat. praedii magis quam personae videntur [31]). Si ta-

31) So hat die vulgata oder Bononiensis lectio, was Gebauer

men testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emtori vel heredi non eadem praestabitur servitus.

l. 5: — Ulpianus lib. XVII ad Edictum. Ergo secundum eum et vindicari poterit [32]). §. 1. Neratius libris ex Plautio ait, nec haustum pecoris, nec appulsum, nec cretae eximendae calcisque coquendae jus posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat, et hoc Proculum et Atilicinum existimasse ait. Sed ipse dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.

l. 6: — Paulus lib. XV ad Plautium. Veluti si figulinas haberet [33]), in quibus ea vasa fierent, quibus fructus ejus fundi exportarentur [34]), (sicut in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur, aut ut dolia fiant,) [35]) vel tegulae ad villam

---

nicht bemerkt hat. Dieſer folgt der florentiniſchen HS, in welcher ſteht: Pecoris pascendi servitutes — personae videtur, eine offenbare Corruption, deren Entſtehung (durch Ueberſehen eines Strichs über dem e in videtur) klar iſt. Unbegreiflich iſt, wie der große Kritiker Haloander den Plural servitutes ohne Weiteres in den Singular servitus verwandeln konnte: eine Emendation, die weder nöthig noch elegant war.

32) Zur Erklärung dieſer Worte, die uns hier nicht näher angehn, ſ. die Gloſſe, ferner Labitti Usus indicis Pand. in Wieling Jurispr. Restit. p. 36 und Mühlenbruch im Archiv f. civil. Praxis XV S. 387 Anm. 12 und 13.

33) Die Vulgata lieſt, was Gebauer nicht anführt, *haberent*, wozu Accurſius bemerkt: praedia servientia.

34) Vgl. hiezu die Note von Brencmann in Gebauer's Ausgabe.

35) Ueber die Conſtruction dieſer Säze ſcheint man ſich von Alters her nicht ganz klar geweſen zu ſein. Mühlenbruch Archiv XV S. 388 läßt die Parentheſe mit evehatur ſchließen, und lieſt

aedificandam. Sed si, ut vasa venirent, figulinae [36]) exercerentur, ususfructus erit. §. 1. Item longe recedit ab usufructu jus calcis coquendae, et lapidis eximendi, et arenae fodiendae, aedificandi ejus gratia, quod in fundo est [37]). Item silvae caeduae, ut pedamenta in vineas non desint [38]). Quid ergo? si praediorum meliorem causam haec faciant, non est dubitandum, quin servitutis sit [39]).

---

dann mit Haloander: aut ut dolia *fierent* u. ſ. w., als ob dies mit dem vor der Parentheſe Stehenden unmittelbar zuſammenhänge. Allein ganz ohne Noth Dolia ſind nicht hölzerne Fäſſer, ſondern überhaupt größere Gefäße, die auch von Erde, ja ſogar von Blei ſein konnten: Vgl. l. 26 D. de instructo vel instrumento legato. Alſo die Worte: aut ut dolia fiant, wie die Lesart der HSS lautet, werden regiert von den Worten: sicut in quibusdam fit, und gehören zur Parentheſe; die Worte: vel tegulae etc. gehören zum Hauptſatze: Veluti si figulinas habent, in quibus . . vasa fierent . . . . . vel tegulae ad villam aedificandam.

36) Die Flor. lieſt diesmal: figlinae.

37) So die florentiniſche HS. Anders die von Gebauer nicht berückſichtigte Vulgata: Item longe recedit ab usufructu jus calcis coquendae, et lapidis eximendi, et arenae fodiendae: *sed jus lapidis eximendi et calcis coquendae* aedificandi ejus gratia, quod in fundo est. Aehnlich Haloander: arenae fodiendae, *ut lapides eximantur et calx coquatur*, aedificandi etc. In der Vulg. ſind die durchſchoſſenen Worte wohl nur eine dem Schreiber zur Laſt fallende Wiederholung, und Haloander hat nur eine mißglückte Conjectur gemacht.

38) Willkürlich und überflüſſig iſt die gänzliche Umſtellung der einzelnen Säze, welche Noodt Probabil. I, 3 §. 9 vorgeſchlagen hat. Vergl. auch Waechtler notae ad Noodt Probabil. I, 3. — Nur möchte die gewöhnliche Interpunction (Quid ergo, si praediorum — faciant? Non est dub.), wie im Texte geſchehen, zu verändern ſein: dann ſchwinden alle von Noodt gerügten Fehler. Quid ergo? iſt nur eine gewöhnliche Uebergangsformel.

39) So die Flor. Die Vulg. und Hal. haben: *servitus sit.* (S. je-

Die Gloſſe macht bei der Erklärung dieſer Stellen die l. 5 zum Mittelpunkte. Sie nimmt nach dieſer Stelle an, daß der **haustus pecoris** u. dgl. als Servitut nur dem beſtellt werden könne, der ein benachbartes Grundſtück hat, und zwar auch dann nur ſo weit, als es das Bedürfniß dieſes Grundſtücks erheiſche: unter anderen Umſtänden ſei nur die Einräumung eines obligatoriſchen Rechtes möglich. Davon ausgehend deutet ſie die l. 4 ſo, als ob danach eine **servitus pascendi** für ein Grundſtück beſtellt werden könne, wenn das auf die Weide zu treibende Vieh zum Nuzen dieſes Grundſtücks gehalten werde: eine ſolche Servitut gehe dann in der Regel auf die Succeſſoren des erſten Erwerbers mit dem herrſchenden Grundſtücke über, ſie könne jedoch auch auf die Perſon des erſten Erwerbers beſchränkt werden (**personae est**), wenn dies die Abſicht des Beſtellers ſei (**si testator personam demonstravit**). Eben ſo könne nach l. 6 eine **servitus cretae eximendae** u. dergl. einem Grundſtücke beſtellt werden, auf dem ſich eine nur zum Nuzen deſſelben betriebene Töpferwerkſtätte befinde: werde dagegen die Töpferwerkſtätte betrieben, um die gefertigten Gefäße zu verkaufen, ſo könne das **jus cretae eximendae** u. ſ. w. nicht als Prädialſervitut verliehen werden, ſondern nur als ein obligatoriſches Recht. In l. 6 werde zwar für lezteren Fall geſagt: **ususfructus erit**, aber das ſei nicht von der ſo benannten Perſonalſervitut, die etwas ganz Anderes ſei, ſondern lediglich von einer **utilitas fruendi** kraft eines Forderungsrechts zu verſtehen.

Dieſe Interpretation der Gloſſe iſt aus einem doppelten Grunde eine gewaltſame zu nennen: einmal weil ſie die

---

doch, was Noodt Obss. I, 17 zur Vertheidigung der florentiniſchen Lesart beibringt, und vgl. namentlich die l. 25 D. de V. S., wo ſich Paulus ganz derſelben Ausdrucksweiſe bedient.) Vgl. auch, was Faber Rationalia ad h. l. über die Conſtituirung des Textes ſagt. — Die folgenden Worte dieſer Stelle gehören nicht hieher, und ſind deshalb weggelaſſen.

Worte: **ususfructus erit** in l. 6 von einem obligatoriſchen Rechte der Benuzung verſtanden wiſſen will, alsdann weil ſie in l. 4 bei den Worten: *personae* **videntur** an Servituten denkt, welche einem Grundſtücke zuſtehen, aber auf die Perſon des Erwerbers beſchränkt ſind. Das Eine und das Andere iſt durchaus gegen den Sprachgebrauch der römiſchen Juriſten. Wo ein Recht der Benuzung **ususfructus** genannt wird, iſt allemal die Perſonalſervitut dieſes Namens gemeint: und wo von **jura in re** die Rede iſt, und namentlich wie in l. 4 cit. **servitutes praedii** und **personae** einander entgegengeſezt werden, ſind unter den Lezteren unzweifelhaft Perſonalſervituten zu verſtehen. Man vergleiche nur die vorhin angeführte l. **32 D. de usufructu**, die l. **15 D. de servitutibus** und die l. **20 §. 3 D. de S. P. R.**

Hienach müſſen nun, wie ſchon die franzöſiſchen Juriſten gethan haben, die l. 4 — **6 D. de S. P. R.** offenbar ganz anders interpretirt werden. Was nemlich die erſte Stelle betrifft, ſo ſagt Papinianus, die **servitus pecoris pascendi** oder **ad aquam appellendi** ſei unter Umſtänden eher für eine Prädialſervitut, als für eine Perſonalſervitut zu halten. Er ſezt alſo voraus, daß jene Servituten möglicher Weiſe auch wahre Perſonalſervituten ſein können: denn er ſagt mit anderen Worten, daß ſie bald Perſonal- bald Prädialſervituten ſind, je nachdem ſie dem Grundſtücke keinen beſonderen Nuzen bringen, oder aber **praedii fructus maxime in pecore consistit.** Wenn ſie alſo dem Beſizer eines Grundſtücks beſtellt ſind, welches lediglich zur Viehzucht benuzt wird oder auf welchem wenigſtens zum Zwecke des Düngens und des Ackerbaues Vieh gehalten wird, ſo ſind ſie Prädialſervituten. **Si tamen**, fährt Papinianus fort, **testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emtori vel heredi non eadem praestabitur servitus.** Dieſen Nachſaz haben Manche, z. B. Cujacius und Maranus, ſo verſtanden, als ob Papinianus habe ſagen wollen, daß in dieſem Falle die Servitut eine Perſonalſervitut ſei. Allein dem

ganzen Zuſammenhange nach bezieht ſich dieſer Nachſaz vielmehr auf den Fall, wo, **quia praedii fructus maxime in pecore consistit**, eine Prädialſervitut angenommen werden muß [40]). In dieſem Falle müßte die Servitut nach der Natur der Prädialſervituten eigentlich auf den Singular- und Univerſalſucceſſor des erſten Erwerbers mit dem berechtigten Grundſtücke übergehen; allein wenn der Beſteller bei der Errichtung der Servitut dieſelbe nur dem erſten Erwerber eingeräumt [41]), auf deſſen Perſon eingeſchränkt hat, ſo wird deſſen Succeſſor, wenn er die Servitut vindicirt, nach dem, was derſelbe Papinianus in **l. 4 D. de servitutibus** ſagt, mit einer **doli exceptio** abgewieſen werden können: **emtori vel heredi non eadem praestabitur servitus**, obwohl ſie ihm nach der Strenge des Rechts dennoch eigentlich zuſteht. Nach dieſer Interpretation iſt die **l. 4** beſonders lehrreich, weil ſie gradezu die Perſonalſervitut von einer (qualitativ) entſprechenden Prädialſervitut, die auf die Perſon des Erwerbers beſchränkt worden iſt, unterſcheidet.

Die **l. 5 §. 1 cit.** ſchlägt gar nicht unmittelbar in unſere Frage ein. Ulpianus ſagt nicht etwa, daß ein **haustus pecoris vel appulsus**, ein **jus cretae eximendae calcisque coquendae**, überall nur dem Eigenthümer eines benachbarten Grundſtücks und zwar zum Nuzen dieſes Grundſtücks als **jus in re** verliehen werden könne, — was dem zu Anfange der **l. 4** Geſagten widerſprechen würde, — er ſagt nur, daß dies nothwendig ſei, wenn jene Berechtigungen als

---

40) So interpretirt ſchon die Gloſſe, und neuerdings auch Mühlenbruch Archiv XV S. 386 f.

41) Cujacius Opp. to. IV p. 895 führt als Beiſpiel an den Fall, wo ein Teſtator geſagt hat: **Heres meus L. Titium vicinum meum pecus suum in meo fundo pascere sinito.** Ob dieſes Beiſpiel nach juſtinianeiſchem Rechte paſſend ſei, mag dahingeſtellt bleiben: nach dem älteren Rechte aber war durch ein ſolches **legatum sinendi modo relictum** überall nicht eine Servitut, an die doch Cujacius denkt, beſtellt worden.

servitutes, d. h., nach dem engeren Sinne dieſes Worts [42]), als Prädialſervituten conſtituirt werden ſollten (**ut maxime** — *servitus* **constitui possit**). Was er von der Meinung des Proculus, Atilicinus und Neratius berichtet, bezog ſich wohl urſprünglich auf die Bedenken der Sabinianer [43]), ob außer den althergebrachten Servituten noch andere, insbeſondere neue **servitutes praediorum rusticorum**, angenommen werden dürften. Dieſe Frage wollten jene alten Juriſten, und mit ihnen Ulpianus bejahen, zugleich aber näher beſtimmen, in welchem Sinne dies zu verſtehen ſei. Mit der uns gegenwärtig beſchäftigenden Frage iſt dieſes Fragment in den Digeſten nur ſcheinbar in Verbindung getreten, inſofern es neben den Auszug aus Papinianus geſtellt worden iſt.

Inniger iſt in den Digeſten die Verbindung zwiſchen l. **5** und l. **6**. Zuerſt beſpricht Paulus in der lezteren Stelle das **jus cretae eximendae** [44]), welches ſchon in l. **5** berührt worden iſt. Er beſtimmt näher, wenn und in wie weit es als eine Prädialſervitut beſtellt werden könne: dann nemlich, wenn auf dem benachbarten Grundſtücke eine Töpferwerkſtätte ſei, in welcher das auf jenem erforderliche Geſchirr verfertigt werde. Dagegen ſei das **jus cretae eximendae**, welches dem Inhaber einer Töpferwerkſtätte verliehen ſei, die auf den Verkauf betrieben werde, eine Perſonalſervitut,

---

42) Dieſe engere Bedeutung des Wortes **servitus** iſt bekannt. Sie ergiebt ſich auch deutlich genug z. B. aus l. 9 §. 7 D. quod metus causa, l. 1 pr. D. de condict. tritic.

43) Siehe meine Abh. über die Unterſcheidung zwiſchen servitutes rusticae und urbanae. Heidelb. 1844 S. 29.

44) Es wird dieſes zwar nicht ausdrücklich von Paulus genannt, aber daß ſeine Worte darauf zu beziehen ſind, ergiebt ſich theils aus dem Zuſammenhange mit l. 5, theils daraus, daß Paulus von Töpferwerkſtätten handelt. Natürlich iſt bei dem jus *cretae* eximendae nicht an Kreide, ſondern an Töpferthon, an die creta figularis, zu denken.

ein **ususfructus**. Hierauf fährt Paulus fort, denſelben Punkt in Beziehung auf das **jus calcis coquendae** und einige ähnliche Berechtigungen zu erörtern. Das **jus calcis coquendae**, wenn es blos zum Beſten der auf einem benachbarten Grundſtücke vorzunehmenden Bauten und Reparaturen conſtituirt ſei, ſei in einem ſolchen Falle nichts weniger als ein **ususfructus**: es ſei vielmehr [45]) unzweifelhaft eine **servitus** (im engeren Sinne), d. h. eine Prädialſervitut, inſofern es nemlich auf den Nuzen eines Grundſtücks berechnet ſei. Wir lernen alſo aus dieſer Stelle, daß das **jus cretae eximendae, calcis coquendae** u. ſ. w. auch als eigentliche Perſonalſervitut, als **ususfructus**, beſtellt werden kann [46]), wo es dann gar keine Beziehung auf den Nuzen eines beſtimmten Grundſtücks zu haben braucht, ſondern von dem Berechtigten in jeder Weiſe zu ſeinem Vortheil ausgeübt werden kann. Zugleich ergiebt ſich hieraus, daß, wie ſchon vorhin bemerkt worden iſt, die l. 5 nicht etwa ſo verſtanden werden kann, als ob ein **jus cretae eximendae** u. ſ. w. unter allen Umſtänden, alſo auch als Perſonalſervitut, nur dem Eigenthümer eines benachbarten Grundſtücks und zwar zum Beſten dieſes Grnndſtücks conſtituirt werden könne.

In demſelben Titel der Digeſten (**de S. P. R.**) findet ſich noch eine andere hieher gehörige Stelle. Es iſt die

l. 37: — **Paulus lib. III Responsorum.** Λούκιος Τίτιος Γαΐῳ Σείῳ τῷ ἀδελφῷ πλεῖστα χαίρειν. Ὕδατος τοῦ ῥέοντος εἰς τὴν κρήνην τὴν κατασκευασθεῖσαν ἐν ἰσθμῷ ὑπὸ τοῦ πατρός μου δίδωμι καὶ χαρίζομαί σοι δάκτυλον εἰς τὴν οἰκίαν σου τὴν ἐν

45) So muß wohl das: Quid ergo? gedeutet werden. S. oben Anm. 38.

46) Vgl. auch l. 39 §. 4 D. de legatis I. „Si quis alicui legaverit, licere lapidem caedere, quaesitum est, an etiam ad heredem hoc legatum transeat. Et Marcellus negat, ad heredem transmitti, nisi nomen heredis adjectum legato fuerit.“

τῷ ἰσθμῷ ἢ ὅπου δ' ἂν βούλει [47]). **Quaero an ex hac scriptura usus aquae etiam ad heredes Gaji Seji pertineat? Paulus respondit: usum aquae personalem ad heredem Seji quasi usuarii transmitti non oportere.**

Dieſe Stelle haben Viele, z. B. die Gloſſe, **Alciatus Dispunct. II, 7, A. Faber Rational. ad h. l. u. A.**, überall nicht ſo verſtehen wollen, als ob in derſelben von einem jus in re oder von einer Servitut die Rede ſei, ſondern haben in dem Geſchenk des L. Titius nur die Einräumung eines obligatoriſchen Rechts erblickt, über deſſen Uebergang auf den Erben des Gläubigers Paulus befragt worden ſei. In der That ſpricht für dieſe Meinung, daß das Gutachten des Paulus ſich lediglich auf den Brief des L. Titius zu gründen ſcheint, durch einen bloßen Brief aber, namentlich

47) Die Gloſſatoren gebrauchten folgende (vielleicht von dem Piſaner Burgundio für ſie gemachte) Ueberſezung dieſer Stelle: „Lucius Titius Gajo Sejo fratri salutem. Jus aquae fluentis in fontem constructum in Hysothomo a patre meo trado et dono tibi digitum in domum tuam, quae in Hysothomo est, aut ubicunque vis.“ — Hysothomus iſt nur eine mittelalterliche, italieniſche Corruption für Isthmus. Woher aber das *Jus* aquae fluentis kommt, welches auch Alciatus Dispunct. II, 7 als Lesart der Vulgata bezeugt, iſt mir nicht recht klar: vielleicht iſt das Wort: *jus* nur eine Corruption von plurimam, welches zu salutem gehört. Uebrigens iſt die Vulgatüberſezung auch ſonſt noch fehlerhaft genug. Ὕδατος τοῦ ῥέοντος εἰς τὴν κρήνην heißt nicht: von dem Waſſer, welches in die Quelle fließt, ſondern: welches in den Brunnen oder Brunnentrog fließt. Δίδυμα iſt nicht: *trado*, ſondern: *do*. Ὅπου δ' ἂν βούλει heißt nicht: *ubicunque* vis, ſondern: *quocunque* vis. — Die lächerliche Erklärung, welche Accurſius von dem digitus giebt, iſt ſchon von Alciatus l. c. u. A. gerügt worden; der digitus iſt ein beſtimmtes Maß Waſſers. Vergl. Frontinus de aquaeduct. c. 24. — Seit dem 16. Jahrh. finden ſich in den Ausgaben Ueberſezungen, welche von jener Vulgatverſion abweichen.

nach dem damals geltenden Rechte, eine Servitut nicht beſtellt werden konnte. Danach dürfte denn bei der Bezeichnung jenes Geſchenks mit „usus aquae“ nicht an die Perſonalſervitut des usus gedacht werden, ſondern nur, wie die Gloſſe ſich ausdrückt, an eine „potestas“, oder, wie Alciatus ſagt, an eine „simplex facultas“, an eine Befugniß kraft eines aus der Schenkung entſtandenen Forderungsrechts.

Dennoch ſprechen überwiegende Gründe für die entgegengeſezte Meinung, wonach dem Gajus Sejus in der That eine servitus aquae beſtellt, und nur das zweifelhaft war ob dieſe Servitut nach Art der Prädialſervituten auch auf die Erben deſſelben übergehe. Unſere Stelle ſteht im Titel de *servitutibus* P. R., und, wenn ſich auch leges fugitivae in den Digeſten finden, ſo darf doch nicht ohne Noth ein Verſehen der Compilatoren angenommen werden. In der an Paulus gerichteten Anfrage und in deſſen Antwort darauf wird gleichmäßig von einem *usus* aquae geſprochen, wobei nach dem conſtanten Sprachgebrauche der römiſchen Juriſten (vgl. z. B. l. 21 D. de usu et habitatione) nur an eine Perſonalſervitut gedacht werden darf. Endlich, daß L. Titius die Beſtellung einer Servitut beabſichtigt hatte, zeigt auch der von ihm gebrauchte Ausdruck: δίδωμι, indem das dare regelmäßig Uebertragung von Eigenthum oder Beſtellung eines jus in re bedeutet.

Einige Schwierigkeit macht es nur, zu erklären, wie durch den Brief des Titius eine Servitut beſtellt werden, wie Paulus ſo unbedenklich eine Servitut annehmen konnte. Cujacius Opp. to. IV p. 896 (und Westphal de libert. et servit. p. 325, der ihn abgeſchrieben hat,) ſcheint an Codicille, an Beſtellung der Servitut durch Legat gedacht zu haben, indem er Gewicht darauf legt, daß δίδωμι καὶ χαρίζομαι die „vulgaria verba *legatorum*“ ſeien: allein der Brief des Titius war ja nicht an den Erben, ſondern an denjenigen ſelbſt gerichtet, dem die Servitut verliehen wird,

dieſe iſt alſo, auch abgeſehen von anderen Gründen, gewiß nicht durch ein Legat beſtellt worden. Vielleicht löſt ſich die Schwierigkeit am leichteſten dadurch, wenn man bedenkt, daß die an Paulus gerichtete Anfrage die Beſtellung einer Servitut als wirklich geſchehen vorausſezte, ſo daß Paulus in ſeiner Antwort nur darauf Rückſicht zu nehmen hatte, wie die beſtellte Servitut mit Rückſicht auf jenen Brief zu deuten ſei [48]: oder, wenn man in Betracht zieht, daß es ſich hier von Beſtellung einer Servitut auf dem Iſthmus, alſo auf Provincialboden handelt, wo dies bekanntlich „**pactionibus et stipulationibus**“ bewirkt werden konnte (**Gaj II §. 31**). (Aehnlich nimmt auch Mühlenbruch Archiv **XV** S. 389 Anm. 14 an, daß die Errichtung des **usus aquae** nicht förmlich geſchehen, der **usus** nicht **jure constitutus** geweſen ſei, und erklärt daraus, daß Paulus den Berechtigten nicht gradezu als **usuarius**, ſondern als *quasi* **usuarius** bezeichnet.)

Iſt nun in der **l. 37 cit.** in der That von einer Servitut die Rede, ſo ergiebt ſich aus derſelben, in Verbindung mit der ſchon angeführten **l. 21 D. de usu et habitatione**, daß **jura aquarum**, die gewöhnlicher als Prädialſervituten vorkommen, auch als Perſonalſervituten beſtellt werden können. Daß in dem in **l. 37** vorliegenden Falle eine Perſonal- und nicht eine Prädialſervitut angenommen wurde, war natürlich, weil dem Gajus Seſus das **jus aquae** verliehen worden war nicht blos „**in domum tuam, quae in Isthmo est**“, ſondern auch „**quocunque vis**“, alſo nicht mit ausſchließlicher Rückſicht auf das Bedürfniß eines herrſchenden Grundſtücks. Und zwar wird in **l. 37** das als Perſonal-

48) Man könnte mit anderen Worten annehmen, daß zu dem Briefe des Titius noch eine beſondere, eigentliche Beſtellung des usus aquae hinzugekommen ſei, die nur nicht näher in der Anfrage erwähnt worden wäre, weil es ſich bei dieſer lediglich um die aus dem Briefe zu folgernde Abſicht des Beſtellers gehandelt habe. So ſcheint ſich Duarenus Comm. ad h. l. die Sache gedacht zu haben.

ſervitut conſtituirte jus aquae für einen *usus* erklärt. Warum nicht für einen ususfructus, wie nach den früher behandelten Stellen andere, ähnliche Perſonalſervituten, iſt nicht beſtimmt angegeben. Die muthmaßlichen Gründe ſollen weiter unten aufgeſucht werden: einſtweilen genügt das Reſultat, daß die Befugniſſe, welche den Inhalt von Prädialſervituten zu bilden pflegen, qualitativ auch als Perſonalſervituten beſtellt werden können, und daß ſie dann von den römiſchen Juriſten bald als ususfructus bald als usus angeſehen und ausdrücklich mit dieſen Namen belegt werden.

Zu demſelben Reſultate führt auch die **l. 6 D. de servitute legata:**

> **Papinianus lib. VII Responsorum. Pater filiae domum legavit, eique per domus hereditarias jus transeundi praestari voluit. Si filia domum suam habitat, viro quoque jus transeundi praestabitur: alioquin filiae praestari non videbitur. Quod si quis non usum transeundi personae datum, sed legatum servitutis esse plenum intelligat, tantundem juris ad heredem quoque transmittetur: quod hic nequaquam admittendum est, ne quod affectu filiae datum est, hoc et ad exteros ejus heredes transire videatur.**

Zu dieſer Stelle ſind beſonders zu vergleichen die Bemerkungen der Gloſſe und des **Cujacius in lib. VII Resp. Papin. (Opp. to. IV p 1118).** Cujacius macht ſich in ſeiner Erklärung eines untergeordneten Fehlers ſchuldig. Unter den Worten „**ad exteros ejus heredes**“ verſteht er *extranei* **heredes**, und meint, daß das hinterlaſſene **jus transeundi** zwar nicht auf die **extranei heredes**, wohl aber auf die Kinder des Legatars übergehe. Aber das Durchgangsrecht war einer Frau vermacht, welche ja überall keine **sui heredes** haben kann, und an ein Entgegenſezen der **sui** und **extranei heredes** iſt daher in unſerer Stelle auf keinen Fall zu denken. Ja! Papinianus kann bei den **exteri ejus**

heredes überhaupt nicht an **extranei heredes** gedacht haben: das Beiwort **extranei** würde hier völlig unpaſſend und überflüſſig ſein, theils weil eben von dem Gegenſaze (**sui heredes**) gar nicht die Rede ſein kann, theils weil **heredes** ſchlechtweg ganz daſſelbe geſagt haben würde. Wir müſſen vielmehr die Worte: **ad exteros ejus heredes** ſo paraphraſiren: **ad exteros, qui ejus heredes fiunt.** **Exteri** nennt hier Papinianus Alle die, welchen nicht namentlich das Durchgangsrecht hinterlaſſen worden iſt: und dem **exter**, welcher der Mann der Vermächtnißnehmerin iſt, ſezt er die **exteri** entgegen, welche die Leztere nach ihrem Tode beerben. — Was die Gloſſe betrifft, ſo denkt dieſe auch hier wieder bei dem **jus transeundi** an eine obligatoriſche Befugniß: ſie überſieht oder legt kein Gewicht darauf, daß die Stelle doch wohl ſchon nach der Rubrik des Titels, in welchem ſie ſich findet, von dem Legat einer Servitut zu verſtehen iſt, daß von einem ***jus*** **transeundi** die Rede iſt, welches Papinianus ſogar grabezu für einen **usus** erklärt, endlich daß, wenn man in dem hinterlaſſenen Durchgangsrecht ein Legat eines Forderungsrechts erblicken wollte, das von Papinianus demſelben gegenüber geſtellte **legatum servitutis** ***plenum*** keinen richtigen Gegenſaz bilden würde, da man doch alsdann jenes Legat nimmermehr ein **legatum servitutis minus plenum** würde nennen können.

Der wahre Sinn der **l. 6** iſt vielmehr dieſer: Es hatte ein Vater ſeiner Tochter ein Haus vermacht, und zugleich angeordnet, daß ihr durch ein auf den Erben als Theil der Erbſchaft gekommenes Haus eine Durchgangsgerechtigkeit eingeräumt werden ſolle. Unter der Vorausſezung, daß wirklich ein **jus in re** beſtellt worden ſei, wird nun dieſer Fall von Papinianus auf folgende Art beurtheilt. Man könne die beſtellte Durchgangsgerechtigkeit möglicher Weiſe entweder als eine Prädialſervitut oder auch als eine Perſonalſervitut, als einen **usus**, anſehen. In jenem Falle würde die Servitut natürlich als dem vermachten Hauſe zuſtehend betrachtet

werden müſſen, und ſie würde mit dem herrſchenden Hauſe auf die Singular- oder Univerſalſucceſſoren der Tochter übergehen. In dieſem Falle dagegen würde ein ſolcher Uebergang auf die Succeſſoren nicht ſtattfinden, die Berechtigung würde nur der Tochter für ihre Perſon zuſtehen, und nur, nach den für den usus geltenden Grundſäzen (vgl. l. 4 §. 1 l. 9 D. de usu et habitatione l. 111 D. de verbor. obligat.), auch noch ihrem Ehemanne, der mit ihr in dem vermachten Hauſe wohnt, zugeſtanden werden können. Papinianus entſcheidet ſich nun beſtimmt für die Annahme eines usus, und zwar weil das Durchgangsrecht „affectu filiae" angeordnet worden ſei. Wegen dieſer Entſcheidung dient auch dieſe Stelle zur Bekräftigung der von den franzöſiſchen Juriſten verfochtenen Lehrmeinung.

Zulezt iſt noch die, man könnte faſt ſagen, berüchtigte l. 14 §. 3 D. de alimentis vel cibariis legatis, aus Ulpianus lib. II Fideicommissorum, in genauere Betrachtung zu ziehen. Der §. 3 lautet nach dem Gebauer'ſchen Texte alſo:

> Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque, per fideicommissum relinquerat. Consulebar de fideicommisso: cum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id relinquerit, sive non: ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus: nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta. Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus, est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. In eadem causa erunt gestandi, vel in tuo uvas premendi, vel areae tuae ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi: haec enim aqua personae relinquitur.

Die Gloſſe erklärt dieſe Stelle auf folgende Weiſe: Das Vermächtniß des Waſſers gilt, mag nun der Erblaſſer Ciſternen gehabt haben oder nicht. Das Vermächtniß iſt nicht etwa deswegen ungültig, weil es die Beſtellung einer Servitut für den enthält, der nicht Eigenthümer eines benachbarten Grundſtücks iſt. Denn (— die gl. *Relicta* zieht die Schlußworte: **haec enim aqua personae relinquitur** hier herauf —) es iſt hier nur die Rede von dem Vermächtniß eines perſönlichen Rechts, des Rechts, Waſſer von dem Erben mittelſt einer perſönlichen Klage zu fordern. Wollte man das in Frage ſtehende Vermächtniß als ein Vermächtniß einer **servitus personae**, d. h. einer **servitus „praedialis, quae finitur cum persona, quando hoc actum est“** [49]), betrachten, ſo würde es freilich nicht gelten: denn z. B. auch der **haustus aquae** wird als eine **servitus personae** dem nicht gültig beſtellt, der nicht Eigenthümer eines benachbarten Grundſtücks iſt.

Nach dieſer Erklärung würde die angezogene Stelle unſere Frage überall nicht berühren. Es wäre darin nicht die Rede von einer als wahre Perſonalſervitut beſtellten Waſſergerechtigkeit, und von der Möglichkeit oder den Erforderniſſen einer ſolchen Beſtellung; es würde darin nur gelegentlich gedacht der Beſchränkung einer Prädialſervitut auf die Perſon des Erwerbers, und bemerkt, daß eine ſolche Prädialſervitut doch immer nur dem Nachbar beſtellt werden könne, wie ſchon im Eingange dieſer Abhandlung ausgeführt worden iſt.

Die Erklärung der Gloſſe hat zwei Eigenthümlichkeiten. Die eine iſt ſchon hervorgehoben worden: es iſt die Bedeu-

49) So verſteht die gl. *Personae tamen* den Ausdruck servitus personae. Dies hat wohl Veranlaſſung gegeben, daß manche Juriſten (vgl. Anm. 3) ſolche beſchränkte Prädialſervituten mit dem Namen **irreguläre Perſonalſervituten** haben bezeichnen wollen.

tung, welche sie den Worten „servitus personae“ beilegt. Die andere besteht in der Art, wie sie die Worte „Nam et haustus aquae — — exprimenda utendi“ in Zusammenhang mit der ganzen Rede sezt: sie faßt sie als eine Parenthese auf, in welcher der unmittelbar vorher aufgeworfene Zweifel (— inutile esse —, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta) weiter ausgeführt werde.

In der Erklärung unserer Stelle stimmen mit der Glosse völlig überein **D. Gothofredus in notis ad h. l., Cocceji Jus civ. controv. I p. 440**, und namentlich Mühlenbruch im Archiv für civil. Praxis Bd. XV S. 392 f. Allein dieselbe kann wohl gradezu als falsch bezeichnet werden. Denn einmal ist die eigenthümliche Bedeutung, in welcher hienach die Worte „servitus personae“ zu verstehen sein sollen, eine ganz unerweisliche, dem gewöhnlichen Sprachgebrauche der Römer, wie schon oben bemerkt worden ist, völlig zuwiderlaufende. Alsdann ist die nach dieser Erklärungsweise vorzunehmende Construction übermäßig hart: so hart und unelegant, wie sie einem gebildeten römischen Juristen nimmermehr zugeschrieben werden kann. Denn nicht nur, daß danach die angeblich zusammengehörigen Säze: **nec videri inutile esse fideicommissum** u. s. w. — und: **haec enim aqua personae relinquitur** durch einen unverhältnißmäßig langen Zwischensaz getrennt sind, so muß auch Ulpianus aus der Construction gefallen sein. Ulpianus referirt nemlich seine Antwort: **dicebam . . . esse . . . nec videri**, und hätte also nach jener Erklärung seine Relation zulezt so schließen müssen: **hanc enim aquam personae relinqui.** Ferner, um mit v. Vangerow Leitfaden I S. 629 zu reden, „wenn in unserem Gesezе blos von einem Obligations-Anspruch auf freies Wasser die Rede wäre, so wäre der ganze von dem Rechte der Prädialservituten entlehnte Zweifel gegen die Gültigkeit eines solchen Fideicommisses wahrhaft lächerlich gewesen, und kaum begreiflich würde es sein, daß Ulpian einen

ſolchen ganz ungehörigen Zweifelsgrund, den er kurzer Hand als abſurd hätte abweiſen müſſen, noch in einem beſonderen parenthetiſchen Saze ziemlich weitläufig exponirt hätte." Endlich — und dies iſt der Hauptgrund gegen die Erklärung der Gloſſe, — es geht dieſe Erklärung von der Vorausſezung aus, daß die in der angeblichen Parentheſe erwähnten Servituten regelmäßig Prädialſervituten ſeien, die zwar auch auf die Perſon des Erwerbers beſchränkt, jedoch immer nur einem Nachbar beſtellt werden könnten. Allein unter den hier erwähnten Servituten iſt wenigſtens eine, die niemals Prädialſervitut ſein kann, weil ſie in keiner Weiſe **praedio *utilis*** iſt, nemlich die **servitus gestandi**. Das **gestari**, (ſich herumtragen laſſen in einer Sänfte,) dient immer nur zur perſönlichen Erholung [50]), einem Grundſtücke kann daraus niemals ein Vortheil erwachſen. Es iſt nur eine Art des Spazierengehens, und von dieſem heißt es in **l. 8 pr. D. de servitutibus** ganz beſtimmt: **ut spatiari liceat, servitus** (d. h. als eine Prädialſervitut) **imponi non potest.** Das **jus gestandi** kann daher nur als eine wahre Perſonalſervitut gedacht werden, wie es denn auch in **l. 12 §. 1 D. de usu et habitatione** als im *usus* liegend erwähnt wird. So iſt denn die Vorausſezung, auf welcher die Erklärung der Gloſſe beruht, und mit ihr dieſe ſelbſt völlig unhaltbar.

Eine andere Erklärung, welche ſich bei **Janus a Costa Comm. ad Inst. II, 3, 3,** und dann bei **Merillius ad l. 15 D. de servitutibus** (in **Otto thesaur. to. III p. 647**) und bei **d'Avezan Servitutum liber P. III c. 14** (in **Meerman thesaur. to. IV p. 155**) findet, bringt die **l. 14 §. 3 de alimentis legatis** unmittelbar in Verbindung mit der Frage, welche den Gegenſtand dieſer Abhandlung bildet. Janus a Coſta ſagt ſo: „Ulpianus ad

50) Vgl. **Averanii Interpret. juris lib. I c. 30** und **Wunderlich de usu inscriptionum obs. IV.**

objectionem, quam quis facere potuit ex regula . . ., (nemlich der Regel: nemo potest servitutem acquirere, nisi qui habet praedium, — §. 3 J. de servitutibus, —) perspicue respondet, cessare regulam, cum non praedii, sed personae servitus est: ut in servitute gestandi, in tuo uvas premendi, . . . quas omnes constat esse potius personales, quam praediales. . . . Et cum certum sit, haustum aquae, ut pecoris ad aquam appulsum, aliquando esse servitutem personalem, . . . si hanc servitutem, inquit Ulp. dicimus ei inutiliter relinqui, qui vicinum praedium non habet, in eadem causa erunt omnes servitutes personales: ut puta servitus gestandi et ceterae, quas tamen constat non inutiliter relinqui ei, qui vicinus non est. Ne igitur sequatur hoc absurdum, definiendum est utile esse fideicommissum aquae: haec enim aqua, ut recte concludit Ulpianus, personae relinquitur. Sunt enim verba d. §. ita legenda et interpungenda: Nam et si [51]) haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est inutiliter relinquitur; in eadem causa erunt servitutes gestandi, etc. sublata interpunctione illo loco: in eadem causa, quae elegantissimum sensum turbat. Utitur enim Ulpianus argumento ab absurdo" etc. Hienach würde in dem von Ulpianus gebrauchten argumentum ab absurdo eine directe Beſtätigung des Sazes liegen, daß der haustus aquae u. ſ. w. auch als wahre Perſonalſervitut, bei der es natürlich nicht auf ein benachbartes Grundeigenthum des Berechtigten ankommen kann, beſtellt werden könne. — Allein dieſe Deutung iſt nicht zu billigen. Die angenommene Conſtruction,

51) Die Lesart et si ſtatt des bloßen si ſoll ſich in einigen HSS finden. Sie iſt auch in einigen alten Drucken und von Haloander angenommen worden. Vgl. Mühlenbruch im Archiv f. civ. Praxis XV S. 392 Anm. 21.

(wonach die Worte **tamen ei bis relinquitur** noch zum Vorderſaze gehören ſollen,) iſt jedenfalls gezwungen. Hinter dem Worte: **utendi** müßte hinzugedacht werden: **quas tamen servitutes omnes constat esse potius personales, quam praediales**; eine ſolche Ellipſe anzunehmen, iſt aber gewiß bedenklich. Endlich die Schlußworte: **haec enim aqua personae relinquitur**, ſtehen nach dieſer Erklärung in keinem vernünftigen Zuſammenhange.

So iſt es denn nicht gelungen, die **l. 14 §. 3** cit. ohne Hülfe der Conjecturalkritik genügend zu erklären, und es haben auch bei weitem die meiſten Juriſten bald zu dieſen bald zu jenen Emendationen ihre Zuflucht genommen. Die Anwendung der divinatoriſchen Kritik rechtfertigt ſich hier um ſo mehr, als die florentiniſche Handſchrift in dieſem Theile der Digeſten weniger ſorgfältig und richtig geſchrieben iſt, und die Gloſſatoren für die Conſtituirung des Textes im **Infortiatum** nur geringe Hülfsmittel beſeſſen zu haben ſcheinen. Die Frage iſt nur die, was und wie zu emendiren ſei: und dieſe Frage wird ſich am beſten beantworten laſſen durch eine genaue Entwickelung des Gedankengangs und Zuſammenhangs unſerer Stelle [52]).

Dieſelbe beſteht aus zwei wohl zu trennenden Theilen. Der erſte Theil zeichnet ſich vor dem zweiten durch den erzählenden Ton aus. Ulpianus referirt zuerſt über ein von

52) Alle einzelnen Emendationsverſuche aufzuzählen, würde zu weit führen. Aufzählungen finden ſich bei Walch Opuscc. to. I p. 81 sqq. und Schulting Notae ad Dig. ed. Smallenburg to. V p. 418 sq. Am leichteſten macht ſich die Sache Averanius Interpr. juris lib. V cap. 6 § 4, welcher die Worte: Nam et haustus aquae bis zu exprimenda utendi als ein fremdartiges Einſchiebſel ausmerzt. Andere ſind nicht weniger kühn oder ſonderbar. Die Conjecturen, die im Folgenden mit einigen Modificationen vertheidigt werden ſollen, rühren von Cujacius (Opp. IV p. 896 und VII p. 431) und von Duirſema (Conject. I, 5 p. 83 sq.) her.

ihm gefordertes und ertheiltes Gutachten: auf dieſe Relation folgen dann (als zweiter Theil) einige Bemerkungen, die er dem früher gegebenen Reſponſum bei deſſen Erwähnung in ſeinem Buche über die Fideicommiſſe hinzufügt.

Der erſte Theil erſtreckt ſich bis zu dem Worte **relicta.** Die Relation des Rechtsfalles bietet dem Verſtändniß keine Schwierigkeiten. Ulpianus erzählt: **Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque, per fideicommissum reliquerat: consulebar de fideicommisso, cum in ea regione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est.** Jezt folgt die Angabe des Reſponſums, welches Ulpianus ſeiner Zeit dem Conſulenten ertheilt hatte. **Dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non: ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus: nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta.** Mit den Worten: **esse emolumentum fideicommissi** will Ulpianus nicht etwa ſagen, die Freigelaſſenen würden bei dieſem Vermächtniß einen Gewinn machen, wonach er gewiß nicht gefragt worden war, ſondern das Wort **emolumentum** iſt in uneigentlicher Bedeutung gebraucht [53]). Ulpian's Meinung iſt nur die: *utile* **esse fideicommissum,** wie ſich auch aus dem Nachſaze: „**nec videri** *inutile* **esse**“ ergiebt, d. h. das Fideicommiß ſei zu Recht beſtändig. Und zwar erklärt er daſſelbe für wirkſam, gleichviel ob der Teſtator Ciſternen beſeſſen habe oder nicht. Im lezteren Falle habe der Fideicommiſſar den Preis zu erhalten, um welchen er ſich Waſſer kaufen könne. Für den erſteren Fall ſpricht ſich Ulpianus über die Wirkung des Fideicommiſſes nicht beſtimmt aus: allein aus den Worten **nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute etc.** läßt ſich ſeine Meinung

53) Aehnlich ſagt Ulpianus in l. 10 §. 3 D. de in rem verso: „— **cujus sententiae hoc erit emolumentum.**“

unſchwer errathen. Dieſe Worte haben nemlich nur unter der Vorausſezung einen Sinn, daß das von einem Ciſternenbeſizer hinterlaſſene **fideicommissum aquae** von Ulpianus als das Vermächtniß einer Servitut betrachtet wurde. Der von dem Rechte der Prädialſervituten entlehnte Zweifel, der in jenen Worten zurückgewieſen wird, würde in keiner Hinſicht paſſen, und Ulpianus gewiß nicht in den Sinn gekommen ſein, wenn er überall nicht an eine Servitut, ſondern nur an einen perſönlichen Anſpruch auf Geſtattung des Waſſerſchöpfens gedacht hätte. Es iſt alſo das Reſponſum dahin zu ergänzen: Hat der Teſtator Ciſternen beſeſſen, ſo erhalten die Freigelaſſenen in Gemäßheit des Fideicommiſſes eine **servitus aquae**. Und, fährt Ulpianus fort, dieſes Fideicommiß iſt nicht etwa ungültig, **quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta**. Würde man die hinterlaſſene **servitus aquae** als eine Prädialſervitut betrachten, ſo würde ſie nicht zu Recht beſtändig ſein, weil eine ſolche Servitut nur einem benachbarten Grundeigenthümer hinterlaſſen werden kann, und im vorliegenden Falle erſcheint der Fideicommiſſar nicht als ein **possessor vicinae possessionis**. Wenn nun dennoch Ulpianus das Vermächtniß der **servitus aquae** für gültig erklärt, ſo kann er die vermachte Servitut nicht für eine Prädialſervitut gehalten haben; der Grund, warum er das Fideicommiß dennoch als wirkſam anſieht, kann nur der geweſen ſein, daß die vermachte Servitut vielmehr als eine Perſonalſervitut zu betrachten iſt, und dieſer Grund iſt dem ganzen Zuſammenhange nach am Schluſſe des erſten Theils unſerer Stelle zu ſuppliren [54]).

---

54) Einige haben deshalb, wie oben bemerkt, die Schlußworte der ganzen Stelle: haec enim aqua personae relinquitur hier herauf ſezen wollen. Allein dieſe Conjectur iſt allzu kühn, und es müßte dann auch heißen: hanc enim aquam personae relinqui. Richtiger alſo begnügt man ſich, am Ende des erſten Theils unſerer Stelle eine Ellipſe anzunehmen.

Schon dieſer erſte Theil iſt, ſo ausgelegt, für die Frage, welche den Gegenſtand dieſer Abhandlung bildet, unmittelbar wichtig: er enthält einen indirecten Beweis dafür, daß die Befugniſſe, welche gewöhnlicher als Inhalt von Prädialſervituten vorkommen, qualitativ Jemandem für ſeine Perſon ohne alle Rückſicht auf ein ihm gehörendes Grundſtück als Servituten, d. h. als Perſonalſervituten verliehen werden können.

Mit dieſem Reſultate muß nun auch der zweite Theil unſerer Stelle in Uebereinſtimmung geſezt werden. Ulpianus geht hier aus der **oratio obliqua** in die **oratio directa** über: dem früher ertheilten und hier referirten Reſponſum fügt er noch einige Erläuterungen bei, die ſich auf den zunächſt vorhergehenden Saz: **nec videri etc.** beziehen. Hier muß aber zuvörderſt die Lesart: **est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur**, verbeſſert werden, damit ſich Ulpianus nicht ſelbſt widerſpreche. Und auch der Schlußſaz: **haec enim aqua personae relinquitur**, kann nicht unangetaſtet bleiben. Man kann nicht ſagen, daß Ulpianus den Grund ſeiner Entſcheidung: **nec videri inutile etc.** hier noch nachträglich angegeben habe; auch abgeſehen von der Nachläſſigkeit der Darſtellung, die man Ulpianus zuſchreiben müßte, ſo würde es doch: *illa* **enim aqua** haben heißen müſſen. Alles aber wird klar und zuſammenhängend, wenn man lieſt:

> **Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus est servitus, personae tamen** *ejus*, **qui vicinus non est,** *utiliter* [55]) **relinquitur. In eadem causa erunt gestandi, vel in tuo uvas premendi, vel area tua** [56]) **ad frumenta ceteraque legumina**

---

55) Dieſe Emendation ſcheint mir beſſer, als die von Anderen vorgeſchlagene: **non inutiliter**. **Utiliter** iſt nachdrücklicher.

56) Die Lesart: **areae tuae** will **Jensius** Strictur. ad Pand. p. 284 als einen Gräcismus vertheidigen. Allein dieſer Gräcismus

exprimenda utendi: haec [57]) **enim *aeque* personae *relinquuntur*.**

Der Zweifel, welchen Ulpianus gegen die Gültigkeit des Fideicommiſſes einer **servitus aquae** erhoben hatte, war der, daß eine **servitus praedii** nur einem benachbarten Grundeigenthümer beſtellt werden könne. Der zweite Theil unſerer Stelle enthält nun eine ausführlichere Widerlegung des aufgeworfenen Zweifels: der **haustus aquae**, der **pecoris ad aquam appulsus** kann als Perſonalſervitut auch einem **non vicinus** hinterlaſſen werden, und daſſelbe gilt auch von anderen Servituten, die eben ſo einer Perſon beſtellt werden können.

Nach dieſer Interpretation enthält alſo auch der vielbeſprochene zweite Theil unſerer Stelle eine ſehr nachdrückliche Beſtätigung der Lehrmeinung, welche die franzöſiſchen Juriſten aufgeſtellt haben. Und als allgemeines Reſultat der Quellenunterſuchung ergiebt ſich, daß die Römer es für rechtlich möglich hielten, Befugniſſe, welche den Inhalt von Prädialſervituten zu bilden geeignet ſind, (qualitativ) Jemandem als wahre Perſonalſervituten zu beſtellen, und daß ſie dergleichen Perſonalſervituten **usus**fructus oder (nach Umſtänden) **usus** nannten.

Jedoch es wurde oben gerügt, daß die franzöſiſchen Juriſten und deren Nachfolger eine tiefere Begründung jenes Reſultats mittelſt einer Reconſtruction der römiſchen Rechtsbegriffe und eine weitere Ausführung der in dieſem Reſultate liegenden Conſequenzen zu wünſchen übrig gelaſſen haben, und dieſes nachzuholen ſoll jezt in möglichſter Kürze der Verſuch gemacht werden.

Das Reſultat, daß dieſelben Befugniſſe, welche regelmäßig den Inhalt von Prädialſervituten bilden, auch (wenig-

---

iſt bei Ulpianus ohne Beiſpiel: es iſt eher der Fehler eines gräciſirenden Schreibers.

57) Nemlich haec *jura*.

stens qualitativ) als wahre Personalservituten verliehen werden können, könnte schon durch eine einfache Frage hinreichend begründet zu werden scheinen, durch die Frage nemlich: warum sollten nicht auch solche Personalservituten, wie die in Frage stehenden, willkürlich bestellt werden können, selbst wenn dieselben im **Corpus juris** nicht ausdrücklich als rechtsbeständig anerkannt wären? — mit anderen Worten: warum sollte nicht die Zahl der Personalservituten eben so beliebig vermehrt werden können, wie die der Prädialservituten? In der That scheinen sich Manche die Sache in dieser Weise gedacht, und grade aus diesem Grunde die Bestellung von Personalservituten der angegebenen Art für unbedenklich gehalten zu haben. Allein dieser Versuch einer Begründung ist nicht genügend. Servituten sind nach römischem Rechte immerhin nur beschränkt möglich. Bei den Prädialservituten zwar sind die römischen Juristen selbst über die ursprünglich anerkannte Zahl allmählig hinausgeschritten: offenbar können nach ihren Ansichten Prädialservituten beliebig bestellt werden, sobald nur die allgemeinen Erfordernisse einer Prädialservitut vorhanden sind. Anders dagegen verhält sich die Sache mit den Personalservituten: als solche erwähnen die römischen Juristen, — wenn wir absehen von der erst später als eigenthümliches Institut ausgeschiedenen **habitatio** und den zweifelhaften **operae servorum**, — lediglich den **ususfructus** und den **usus**, und deuten auch nicht im Entferntesten die Möglichkeit anderer Personalservituten an, die nicht ususfructus oder usus sind. Ja, das „**fructus sine usu esse non potest**“ in **l. 14 §. 1 D. de usu** scheint gradezu gegen die Annahme einer solchen Möglichkeit zu sprechen. Darum eben glaubten die Glossatoren nicht annehmen zu dürfen, daß eine **servitus pascendi etc.** eine wirkliche Personalservitut sein könne.

Dieser Zweifel fällt aber weg, sobald man mit den römischen Juristen selbst in einer solchen Personalservitut nichts weiter als einen **ususfructus** oder **usus** erblickt. Jedoch ist es nun nothwendig zu zeigen, wie der Begriff des **usus-**

fructus oder usus auch z. B. auf eine servitus pascendi *personalis* Anwendung leide: mit anderen Worten, zu zeigen, daß in den in Frage ſtehenden Fällen ſtets ein wahrer ususfructus oder usus vorliege. Vielleicht läßt ſich dieſer Beweis auf die folgende Art und Weiſe führen, und damit die Lehrmeinung der franzöſiſchen Juriſten, oder das aus den Quellen gewonnene Reſultat, begründen.

Man pflegt den ususfructus dahin zu definiren, daß er das (an die Perſon geknüpfte) Recht ſei, eine fremde Sache vollſtändig zu gebrauchen und zu benuzen. Vollſtändig nemlich ſei das Gebrauchs- und Benuzungsrecht theils extenſiv theils intenſiv: extenſiv, indem der Uſufructuar ſelbſt alle Handlungen in Beziehung auf die dienende Sache vornehmen könne, welche dieſelbe nicht weſentlich umgeſtalten, intenſiv, indem er die Sache auch Anderen zum Gebrauche und zur Benuzung überlaſſen könne. Der usus dagegen ſoll ein minder vollſtändiges Gebrauchsrecht ſein, und zwar extenſiv weniger vollſtändig, indem der Uſuar ſelbſt, auch unbeſchadet der Subſtanz der Sache, nur inſofern auf dieſelbe einwirken könne, als es zur unmittelbaren Befriedigung ſeiner eigenen Bedürfniſſe dienlich ſei, intenſiv, indem der Uſuar ſein Gebrauchsrecht einem Anderen nicht überlaſſen könne. Müßte nun wirklich ein ususfructus, um als ſolcher zu gelten, immer extenſiv vollſtändig ſein, ein usus aber wenigſtens inſofern, daß der Uſuar zu ſeinem unmittelbaren Vortheile auf alle Weiſe auf die Sache einwirken könnte, ſo würde allerdings ein jus pascendi u. ſ. w. unter keiner Bedingung je als ein ususfructus oder usus betrachtet werden können. Denn wer auf einer Wieſe blos das Vieh weiden laſſen kann, hat gewiß nicht ein extenſiv vollſtändiges Gebrauchs- oder Benuzungsrecht an der Wieſe.

Allein jene Beſtimmung des Weſens und Umfangs eines ususfructus oder usus iſt nicht ganz richtig. Es ergiebt ſich dies ſchon daraus, daß die Römer in ihrer Definition des

usufructus (— in l. 1 D. de usufructu und an anderen Orten wird er gleichmäßig definirt als das jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia, —) die Vollſtändigkeit des Gebrauchs- und Nuzungsrechts durchaus nicht als ein charakteriſtiſches Merkmal des usufructus hervorheben. Allerdings hat derjenige, welchem der Nießbrauch z. B. an einem Grundſtücke beſtellt worden iſt, im Zweifel an demſelben alle möglichen Gebrauchs- und Nuzungsbefugniſſe. Aber damit iſt nicht geſagt, daß nicht durch den Willen des Beſtellers, wofern er nicht zur Beſtellung eines unumſchränkten usufructus verpflichtet iſt, die mannichfaltigſten und ſelbſt ausgedehnteſten Beſchränkungen in der Benuzung des Grundſtücks dem Uſufructuar auferlegt werden können. Denn es iſt bekannt, daß der Uſufructuar im Allgemeinen ſich an das durch die Willkür des Eigenthümers, (ohne Rückſicht auf den künftigen usufructus,) normirte Maß der Benuzung zu halten hat [58]); noch mehr muß der Wille des Eigenthümers maßgebend ſein, wo er ſpeciell auf Normirung der Befugniſſe des Uſufructuars gerichtet iſt [59]). Auf dieſer Möglichkeit einer Beſchränkung des Berechtigten durch den Willen des Eigenthümers, ohne daß dadurch der Begriff einer Perſonalſervitut aufgehoben würde, beruht auch die Unterſcheidung zwiſchen den zwei Graden an die Perſon geknüpfter dinglicher Gebrauchsrechte, mit anderen Worten die Unterſcheidung zwiſchen einem usufructus und einem usus, bei deren Erörterung die römiſchen Juriſten vorzüglich auf den Willen und die Abſicht des Beſtellers Rückſicht nehmen [60]).

Grade dieſe Möglichkeit einer Beſchränkung des Umfangs des Gebrauchs- und Nuzungsrechts erlaubt uns nun auch da noch einen wahren usufructus oder usus anzunehmen, wo

58) Vgl. v. Madai im Archiv f. civ. Praxis XV S. 343.

59) Vgl. l. 15 §. 6 D. de usufructu: „— nisi sit contraria voluntas —“.

60) Vgl. l. 12 §. 4 D. de usu

die Gebrauchs- und Nuzungsbefugniſſe des für ſeine Perſon Berechtigten z. B. auf das Beweiden oder Begehen eines Grundſtücks eingeſchränkt ſind, wo alſo in der That weiter nichts als ein jus pascendi oder ein jus eundi verliehen iſt. Der Berechtigte wird dennoch ein wahrer Uſufructuar ſein, ſobald ihm einen jeden (auch über ſein Bedürfniß hinausgehenden) Vortheil aus dieſem Rechte zu ziehen geſtattet iſt, ein Uſuar aber, wenn ihm das Recht zunächſt nur in Rückſicht auf ſein perſönliches Bedürfniß gegeben iſt [61]). Man kann das hier Geſagte auch ſo ausdrücken. **Ususfructus** und **usus** erſchöpfen den Begriff der Perſonalſervitut; und ebendeswegen muß, — abgeſehen von der erſt durch Juſtinian daneben geſtellten **habitatio** und den zweifelhaften **operae servorum**, — eine jede mögliche Perſonalſervitut entweder ein **ususfructus** oder ein **usus** ſein! — —

Die Unterſuchung über die Streitfrage: ob dieſelben Befugniſſe, welche den Inhalt von Grunddienſtbarkeiten zu bilden geeignet ſind, (qualitativ) Jemandem für ſeine Perſon ohne alle Rückſicht auf ein ihm gehörendes Grundſtück als **jura in re** d. i. als Perſonalſervituten beſtellt werden können, könnte mit dieſer Bemerkung geſchloſſen werden. Indeſſen giebt das Reſultat derſelben zu einer neuen, bisher auch von den Vertheidigern der richtigen Meinung noch nicht berückſichtigten, Frage Veranlaſſung, und einige, bereits von älteren Juriſten beſprochene, Fragen müſſen zum Schluſſe noch kurz berührt werden.

Alſo erſtens: Es haben manche Juriſten, obwohl im Allgemeinen der richtigen Meinung zugethan, dennoch dieſelbe dahin beſchränkt, daß nicht der Inhalt aller, ſondern nur

61) So ſcheint auch die Sache anzuſehen Puchta Inſtitut. Bd. II S. 762: „Eine willkürliche Beſchränkung iſt auch hier bey der Beſtellung möglich; ſolcher beſchränkter Uſus iſt es namentlich, wenn Befugniſſe, die als Inhalt einer Realſervitut vorkommen können, z. B. aquaehaustus, einer Perſon als Perſonalſervitut verliehen werden.“

einiger Prädialſervituten qualitativ den Inhalt von Perſonalſervituten zu bilden geeignet ſei. Zu dieſen Juriſten gehören **Maranus Paratitla ad tit. de servitutibus** (in **Opp. p. 131 sq.**), **d'Avezan Servit. lib. P. III c. 14** (in **Meerman Thes. IV p. 155**), **Heineccius Obss. ad Pand. II §. 101**, **Hofacker Princip. §. 1110**, und **Malblanc Princ. §. 420.** Nemlich diejenigen Berechtigungen, welche direct zum Beſten eines Grundſtückes dienen, ſollen nur als Grunddienſtbarkeiten beſtellt werden können: diejenigen dagegen, welche unmittelbar den Vortheil einer Perſon bezwecken, und nur mittelbar auch zum Vortheil eines Grundſtücks gereichen können, ſollen bald als Prädial- bald als Perſonalſervituten vorkommen können. Dieſe Meinung beruht aber vornemlich auf einer falſchen Auffaſſung des Verhältniſſes zwiſchen den vier alten **servitutes rusticae: iter, actus, via, aquaeductus**, und den ſpäter angenommenen **aquaehaustus, pecoris ad aquam appulsus** u. ſ. w. (Vgl. **l. 1 pr.** und **§. 1 D. de S. P. R.**) Man hat verkannt, daß ja auch z. B. der **aquaehaustus**, ſobald er für ein Grundſtück beſtellt iſt, direct das Beſte dieſes Grundſtücks bezweckt. Und wenn die Vertheidiger dieſer Meinung anzunehmen ſcheinen, daß z. B. ein **iter** nur als Prädial- und nicht als Perſonalſervitut rechtsgültig conſtituirt werden könne, ſo widerſpricht dies auf das Beſtimmteſte der **l. 6 D. de servitute legata**, in welcher das **jus transeundi** als Perſonalſervitut vorkommt. Endlich es ergiebt ſich aus der ganzen voranſtehenden Deduction, daß an und für ſich nichts hindert, alle möglichen Gebrauchs- und Nuzungsbefugniſſe als Perſonalſervituten zu beſtellen. Mit Recht hat daher ſchon **Cujacius ad l. 4 D. de S. P. R. lib. II Resp. Papin.** (**Opp. IV p. 893 sqq.**) behauptet, es gebe keine Prädialſervitut, deren Inhalt nicht auch, wenigſtens qualitativ, den Inhalt einer Perſonalſervitut bilden könne [62]).

62) Eben ſo beſtimmt erklärt ſich **Höpfner Comm. §. 348.**

Zweitens: Es iſt eine quaestio facti, ob in einem gegebenen Falle die zugeſtandene Befugniß ein Forderungsrecht oder ein dingliches Recht, — ferner, wenn ſie ein jus in re iſt, ob ſie eine Prädial- oder eine Perſonalſervitut, — endlich, wenn ſie eine Perſonalſervitut iſt, ob ſie ein usus-fructus oder ein usus ſei [63]). Die Entſcheidung dieſer Frage wird oft ſehr ſchwierig ſein: denn die eine, wie die andere Art der Befugniß kann auf dieſelbe Weiſe, ſowohl durch Vertrag als durch Vermächtniß, entſtehen. Darum iſt es wichtig, gewiſſe allgemeine Geſichtspunkte und Präſumtionen aufzuſuchen für die Beurtheilung und Auslegung der Rechtsgeſchäfte, durch welche dergleichen Befugniſſe eingeräumt werden. Hierüber dürfte nun mit Rückſicht auf jene drei Fragen Folgendes zu bemerken ſein:

1. Iſt eine Gebrauchs- oder Nuzungsbefugniß durch ein Geſchäft unter Lebenden eingeräumt worden, und es entſteht die Frage, ob ein perſönliches oder ein dingliches Recht verliehen worden ſei, ſo iſt im Zweifel immer das Erſtere anzunehmen: denn es iſt dieſes für den Berechtigten das geringere Recht, für den Bewilligenden das geringere Zugeſtändniß, und: **Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur (l. 9 D. de reg. juris)** [64]). Dagegen muß die umgekehrte Interpretation ſtatt finden, alſo im Zweifel die Verleihung eines dinglichen Rechts angenommen werden, wo die Befugniß durch teſtamentariſche Dispoſition eingeräumt iſt: denn hier gilt die Regel [65]), daß für den möglichſt großen Umfang der dadurch begründeten Rechte zu entſcheiden iſt, und nach Juſtinian's Verordnung (**l. 1. 2 C. communia de legatis**) ſoll im Zweifel ein jedes Vermächtniß eine **in rem actio** erzeugen, mit andern Worten ein dingliches Recht begründen.

---

63) Vgl. **Noodt Probabil. lib. I. c. 8 no. 10. 11.**

64) Vgl. auch **l. 34 D. cod.** Mühlenbruch Lehrb. der Pandekten §. 115 Anm. 16. 17 und §. 346.

65) Mühlenbruch a. a. O. §. 115 Anm. 19 und §. 658.

2. Iſt ein jus in re beſtellt worden, ſo kann zuweilen offenbar ſein, daß eine perſönliche Dienſtbarkeit gemeint war, z. B. wenn der Berechtigte gar kein Grundſtück beſizt, welches als das herrſchende betrachtet werden könnte (l. 32 D. de usufructu). Hat aber der Berechtigte ein Grundſtück, welches möglicher Weiſe das herrſchende ſein könnte, ſo kann es zweifelhaft werden, ob eine perſönliche oder eine Grunddienſtbarkeit gemeint war. Mühlenbruch (Archiv f. civiliſt. Praxis Bd. XV S. 385) ſcheint in einem ſolchen Falle ſchlechthin für eine Prädialſervitut zu präſumiren, und eine Perſonalſervitut nur dann annehmen zu wollen, wenn der beſondere Zweck des Rechts eine Beziehung auf das praedium des Berechtigten von ſelbſt ausſchließt, und ſich vielmehr daraus ergiebt, daß es nur eines perſönlichen Nuzens wegen begründet worden iſt. Allein wenn man dies auch gelten laſſen wollte für die altherkömmlichen Ruſticalſervituten iter, actus, via und aquaeductus, und etwa für einige servitutes urbanae, z. B. die servitus stillicidii recipiendi, welche als Perſonalſervitut allerdings eine ſonderbare Erſcheinung bilden würde: ſo würde doch nicht daſſelbe angenommen werden können für Servituten, wie z. B. das jus pecoris ad aquam appellendi, das jus pascendi u. a. m., die wahrſcheinlich erſt in ſpäterer Zeit als Prädialſervituten anerkannt worden ſind. Die römiſchen Juriſten ſcheinen bei dieſer Frage alles Gewicht auf eine genaue Erwägung der Umſtände zu legen. Beſonders intereſſant ſind in dieſer Hinſicht die Erörterungen in l. 4 — 6 D. de servit. praed. rust., welche ſchon oben erläutert worden ſind. Eben ſo lehrreich iſt die l. 6 D. de serv. legata. Ein Vater hatte ſeiner Tochter ein Haus und die Durchgangsgerechtigkeit durch das Nebenhaus, welches auf den Erben als Theil der Erbſchaft gekommen war, vermacht. Papinianus erklärt hier die Durchgangsgerechtigkeit für eine Perſonalſervitut, weil ſie ein Recht ſei, quod *affectu filiae* datum est. Ganz richtig aber bemerkt die Gloſſe zu dieſer Stelle: *Datum est*, i. e. datum praesu-

mitur, quoniam aliunde domui legatae patebat aditus; alias servitus domui etiam realis tacite videtur concedi.

3. Wenn es feſtſteht, daß eine perſönliche und nicht eine Grunddienſtbarkeit beſtellt worden iſt, ſo drängt ſich zulezt noch die Frage auf, ob die beſtellte Perſonalſervitut als ein ususfructus oder als ein usus zu betrachten iſt. Hier iſt nun ſo viel gewiß, daß nur an einen usus gedacht werden kann, wenn die eingeräumte Befugniß überall nicht einen fructus, ſondern nur einen usus gewährt, und wenn dieſelbe nur für den Berechtigten von Intereſſe iſt [66]), ſo daß von einer Ausübung derſelben durch einen Käufer oder Miether gar nicht die Rede ſein kann. Sonſt aber kommt Alles auf die Umſtände an. So wird z. B. in l. 6 pr. D. de serv. praed. rust. das jus cretae eximendae, welches einem Töpfer beſtellt worden iſt, der auf Verkauf arbeitet, als ususfructus erklärt. Umgekehrt wird in l. 37 D. eodem ein Waſſerrecht als usus erklärt, weil es vom Bruder dem Bruder in Rückſicht auf deſſen Perſon aus geſchwiſterlicher Zuneigung bewilligt worden war [67]). Eben ſo würde in l. 14 §. 3 D. de alimentis legatis das den Freigelaſſenen vermachte Waſſer als ein usus, und nicht als ein ususfructus zu beurtheilen ſein, weil es in Geſtalt von Alimenten [68]) hinterlaſſen war, und daher auch, wie dieſe, nur zu ihrer Ernährung von den Fideicommiſſaren gebraucht werden durfte.

Drittens: Muß nach dem ausdrücklichen oder vermuthbaren Willen der Parteien angenommen werden, daß das Recht zu der eingeräumten Befugniß als ein ususfructus beurtheilt werden ſoll, ſo darf der Berechtigte die Ausübung derſelben auch einem Anderen kaufs- mieth- oder bittweiſe

66) Unter Anderem aus dieſem Grunde wird z. B. in l. 6 D. de servit. legata das vermachte jus transeundi als usus, und nicht als ususfructus angeſehen.

67) Vgl. Cujacii Opp. ed. Neapol. to. IV p. 896. to. VI p. 519.

68) „— *ut* alimenta, *ita* aquam quoque per fideicommissum relinquerat“.

überlaſſen. Es folgt dies aus der Natur des ususfructus, und iſt in l. 6 D. de S. P. R. ausdrücklich anerkannt. Eine andere Frage iſt, ob ein ſolcher ususfructus auch in allen übrigen Beziehungen einem vollen ususfructus gleich ſteht, namentlich ob jener ususfructus auch, wie dieſer [69]), theilbar iſt, und ob bei jenem der Uſufructuar eben ſo, wie bei dieſem [70]), gewiſſe Klagen des Eigenthümers in deſſen Namen, gleichſam in Folge eines ſtillſchweigenden Auftrags, utiliter geltend machen kann. Das Eine und das Andere ſcheint bei näherer Prüfung wenigſtens theilweiſe verneint werden zu müſſen. Der Grund, aus welchem nach Pomponius [71]) die Servituten regelmäßig untheilbar ſind, — quia earum usus ita connexus est, ut, qui eum partiatur, naturam ejus corrumpat, wird in vielen Fällen auch bei einem ususfructus, wie er hier in Frage ſteht, eintreffen, und mithin einen ſolchen ususfructus wenigſtens häufig zu einem untheilbaren machen. Der Grund dagegen, warum dem Uſufructuar manche Klagen des Eigenthümers utiliter anzuſtellen geſtattet wird, liegt darin, daß ein voller ususfructus dem Umfange (wenn auch nicht der Dauer) nach dem Eigenthume ähnlich iſt, ſo daß eine analoge Uebertragung der Klagen des Eigenthümers auf den Uſufructuar ſich rechtfertigt; dieſer Grund aber trifft bei einem beſchränkten ususfructus von der in Rede ſtehenden Art nicht zu, und mithin kann auch jener Analogie nicht ſtattgegeben werden.

---

69) l. 1 §. 9 D. ad legem Falcidiam.

70) l. 2 §. 3 D. si servitus vindicetur. l. 1 in f. D. de O. N. N. l. 13 §. 8 D. de damno infecto. l. 1 §. 4 D. de remissionibus.

71) Corp. juris antejustin. ed. Bonn. p. 168.